

الفروق في الفروع

في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان

رضي الله تعالى عنه

تأليف

الإمام أبي المظفر أسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي النيسابوري الحنفي

المتوفى ٥٧٠ هـ

وإليه

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

الإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري

المتوفى ١٨٢ هـ

وفي المقتبة

ترجمة أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني

للعالم أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي

المتوفى ٧٤٨ هـ

تحقيق

أحمد فريد الزبيدي



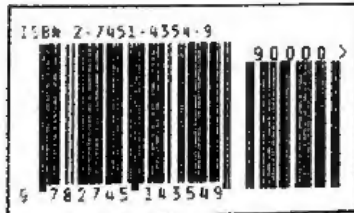
دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي يونس سنة ١٩٧١

بيروت - لبنان

Title: AL-FURŪQ FI AL-FURŪS
(A book in Hanafi Jurisprudence)
Author: As'ad Ben Muḥammad Al-Karātibī
Editor: Aḥmad Farīd Al-Miziyādī
Publisher: Dar Al-kotob Al-Ilmiyah
Pages: 544
Year: 2005
Printed in: Lebanon
Edition: 1st

الكتاب: الفرق في الفروع
المؤلف: أبو المظفر أسعد بن محمد الكرابسي
المحقق: أحمد فريد المزيدي
الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت
عدد الصفحات: 544
سنة الطباعة: 2005 م
بلد الطباعة: لبنان
الطبعة: الأولى



مكتبة دار الكتب العلمية بيروت
دار الكتب العلمية
جميع الحقوق محفوظة
Copyright
All rights reserved
Tous droits réservés ©

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة
لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ويمنع طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تقطيع الكتاب كاملاً أو
مجزئاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر
أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بإذن الناشر خطياً.

Exclusive rights by ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth - Liban

Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

الطبعة الأولى

٢٠٠٥ م - ١٤٢٦ هـ

مكتبة دار الكتب العلمية بيروت
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

الإدارة: رمل الظرفية شارع البحري، جنازة ملكارت
Ramel Al-Zarif, Boktary Str., Melkart Bldg., 1st Floor
هاتف وفاكس: ٣١٤٢٦٨ - ٣١٤١١٣٥ (١١١)

فروع عرسون، القبية، ميفس دار الكتب العلمية
Aramoun Branch - Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.

هاتف: ١٨١ / ٥٨٠٤١٠ - ٥٨٠٤١٢
فاكس: ١٨١٥٥ - ١٨١٥٥٥٠
عنوان: ١١٢ - بيروت - لبنان
عنوان الصلح - بيروت ١١٠٧

<http://www.al-ilmiyah.com>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، سبحانه لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم، ربنا افتح بيننا وبين قومنا بالحق وأنت خير الفاتحين.

وصل اللهم على سيدنا محمد وآله الطيبين، وصحبه المقربين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد.. فبين يديك أيها القارئ الكريم كتاب في فروع الفقه الحنفي لأبي المظفر الكرايسي، وهو من أفضل كتب الفروق عند الحنفية، بل وأشهرها، وللكتاب نسختان، كلاهما من محفوظات دار الكتب المصرية.

الأولى: تقع تحت رقم (٢٩٢ فقه حنفي)، وعدد أوراقها (٢٨٧ ورقة)، ومسطرته مختلفة.

والثانية: تحت رقم (٢٩٣ فقه حنفي) وأوراقها (١٩٣ ورقة)، وعدد الأسطر ٢٤ سطراً في الصفحة، وقد كتبت بخط نسخي معتاد، سنة ٦٢٢ هـ، وما بعض الحواشي، وكذلك طبع الكتاب من قبل، وبه جهد طيب، فجزى الله كل من ساهم في إبرازه وإخراجه خير الجزاء في الدنيا والآخرة، ثم جعلنا في مقدمته، ثلاث رسائل في ترجمة الإمام أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني، تصنيف العلامة الحافظ الذهبي، وذلك في أجزاء مفردة، وهذه التراجم قام بتحقيقها العلامة الشيخ: محمد زاهد الكوثري والعلامة الشيخ: أبو الوفا الأفغاني، رحمهما الله تعالى.

ثم جعلنا بعد كتاب الفروق، كتاب: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى لأبي يوسف، بتصحيح وتعليق: أبي الوفا الأفغاني، مع تحقيقنا واستدراكنا كتمة وفائدة، وجعلنا ذلك بين قوسين () هكذا.

وآخرًا نسأل الله القبول والإخلاص لما يحبه ويرضاه وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وسلم تسليمًا كثيرًا.

كتبه

أبو الحسن/ أحمد فريد المزيدي

ترجمة المصنف^(١)

هو الإمام الفقيه العلامة الشيخ أسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي النيسابوري، جمال الدين، أبو المظفر الحنفي.

ولد في أواخر القرن الخامس الهجري تقريبًا.

من شيوخه: أبو منصور موهب بن أحمد الجواليقي، وعلاء الدين محمد بن عبد الحميد الأسمندي، وأبو العلاء صاعد بن محمد البخاري الراسندي، وغيرهم.

من مصنفاته: الفروق في الفروع الحنفية - كتابنا هذا -، وتفسير القرآن، والموجز شرح مختصر أبي حفص عمر مدرّس المستنصرية ببغداد.

وتوفي الكرابيسي رحمه الله سنة (٥٧٠ هـ) ودفن بالوردية في بغداد.

(١) وانظر في ترجمته: الجواهر المضية (١ / ١٤٣)، وأعلام الأخيار للكفوي (ص ٢٧١)، وكشف الظنون لحاجي خليفة (١٢٥٧، ١٦٣٠، ١٨٩٨) والفوائد البهية للكنوي (ص ٤٥)، وبروكلمان -السلحق- (١ / ٦٤٢)، ومعجم المؤلفين لكمال (١ / ٣٥١)، وهدية العارفين (١ / ٢٠٤).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي شرف العلماء من عباده بكرم خطابه ﴿ إِنَّمَا تَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ
الْعُلَمَاءُ ﴾ [فاطر: ٢٨] ﴿ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ [الزمر: ٩].
وأكرم أوليائه منهم بمزيد كرمه والطفه حيث قال تعالى: ﴿ الْآبَاءُ أَوْلَىٰ بِالْأَوْلَادِ لِلَّهِ لَا خَوْفٌ
عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ ﴾ [يونس: ٦٢].

والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي ميز علماء أمته بقوله: «من يرد الله به
خيرًا يفقهه في الدين» وعلى آله الطيبين الطاهرين الأكرمين، وصحبه القادة السادة البررة
المتقين.

أما بعد: فقد كنت منذ رأيت كلمة الذهبي في «تذكرة الحفاظ» عند ترجمته لأبي
حنيفة في عداد الحفاظ (١-١٦٠): «مناقب هذا الإمام قد أفردتها في جزء» وكلمته فيها
عند ترجمته لصاحبه أبي يوسف في عدادهم أيضًا (١-٢٧٠): «قد أفردته وأفردت
صاحبه محمد بن الحسن رحمه الله في جزء» لم أزل مشغولاً عن ساق الجدل في البحث عن
تلك الأجزاء المفردة للذهبي في تراجم أئمتنا فقهاء الملة: أبي حنيفة النعمان بن ثابت
الكوفي، وأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، وأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني
ؒ وأرضاهم، إلى أن أظفرتني الله سبحانه بالجزء الخاص بمناقب أبي حنيفة من بين تلك
الأعلاق النفيسة، في مكتبة العلامة الكبير الشيخ محمد سعيد الشافعي المدراسي - مفتي
العدالة العالية بحيدر آباد الدكن سابقاً نعمده الله برضوانه - وهي من أغنى مكتبات حيدر
آباد: فيها نواذر كثيرة من كتب الحديث والفقه فاغتنمنا ذلك ونسخناه لنشره بمعرفة
لجنتنا «لجنة إحياء المعارف النعمانية» كما أظفرتني بالجزء الخاص بالصاحبين أبي يوسف
ومحمد رحمه الله عند صديقنا الأستاذ محمد زاهد الكوثري من مشايخ العلم في دار
الخلافة العثمانية سابقاً، كان نسخه من نسخة مكتوبة في القرن الثامن، ضمن مجموعة
اشتراها صديقه المغفور له السيد محمد أمين الخانجي الكنتي المشهور من بيت السقطي
بصاحبة دمشق الشام، حيث كان أعاره تلك المجموعة سنة ١٣٤٧ هـ - قبل أن يبعث بها
إلى الغرب، وكان هذا توفيقاً من الله جل شأنه، وكان الجزء الخاص بأبي حنيفة معلوماً
بالأغلاط، فبعثنا به إلى الأستاذ الكوثري بمصر ليصححه ويعلق عليه بالتماس اللجنت، مع
طلب الجزء الخاص بالصاحبين منه حفظه الله بالتعليق عليه أيضاً، فقام بإسعاف المرجو،
كما يراه القارئ، وأهدى الجزء إلى اللجنت، جعل الله سعيه مشكوراً، ومتع المسلمين
بطول حياته. فما كان ساقطاً من الأصل زدت فيه بين مربيين من كتاب فضائل أبي حنيفة
وأصحابه للحفاظ ابن أبي العوام، لأن أكثر ما في الأصل مأخوذ منه بنقشه، ولم أتبه عليه،

وما زيد فيه من غيره نهت عليه بالهامش، وتعليقات الأستاذ محمد الزاهد الكوثري مرموز إليها بحرف (ز) في آخرها.

وأما ترجمة مصنف المناقب فهو - كما ذكرها الحافظ شمس الدين أبو المحاسن محمد ابن علي بن الحسن الحسيني الدمشقي في ذيل تذكرة الحفاظ الشيخ الإمام العلامة شيخ المحدثين قدوة الحفاظ والقراء محدث الشام ومؤرخه ومفيده شمس الدين أبو عبد الله محمد ابن أحمد بن عثمان بن قايماز بن عبد الله التركماني الفارقي الأصل الدمشقي الشافعي المعروف بالذهبي مصنف الأصل - يعني تذكرة الحفاظ - ولد سنة ثلاث وسبعين وستمائة بدمشق، وسع الحديث في سنة اثنتين وتسعين وهلم جرا، وسمع بدمشق من أبي حفص عمر بن القواس وأبي الفضل بن عساكر وخلق، وبمصر الأبرقوهي، وبالقاهرة الديماطي، وبالثغر الغراني، وببعلبك التاج عبد الخالق، وبحلب سنقر الزيني، وببائلس العماد بن بدران، وبمكة التوزري، وأجاز له خلق من أصحاب ابن طبرزد والكندي وحبل وابن الحرساني وغيرهم من شيوخه في معجمه الكبير، وهم أزيد من ألف ومئتي نفس بالسماع والإجازة، وخرج لجماعة من شيوخه وجرح وعدل، وفرغ وصحح وعلل واستدرك، وأفاد وانتقى، واختصر كثيراً من تأليف المتقدمين والمتأخرين، وكتب علماً كثيراً، وصنف الكتب المفيدة، فمن أطولها «تاريخ الإسلام»، ومن أحسنها «ميزان الاعتدال في نقد الرجال» وفي كثير من تراجمه اختصار يحتاج إلى تحرير، ومصنفاته ومختصراته وتخريجاته تقارب المائة، وقد سار بجملته منها الركبان، في أقطار البلدان، كان أحد الأذكياء المعدودين، والحفاظ الميرزين، ولي مشيخة الظاهرية قديماً، ومشيخة النفيسة والفاضلية والتكزية، وأم الملك الصالح. ولم يزل يكتب ويتتقى ويصنف حتى أضر في سنة إحدى وأربعين، ومات ليلة الإثنين ثالث ذي القعدة سنة ثمان وأربعين وسبعمائة بدمشق، ودفن بمقبرة الباب الصغير رحمه الله تعالى، وكان قد جمع القراءات السبع على الشيخ أبي عبد الله بن جبريل المصري نزيل دمشق، فقرأ عليه ختمة جامعة لمذاهب القراء السبعة بما اشتمل عليه كتاب التيسير لأبي عمرو الداني، وكتاب حرز الأمان لأبي القاسم الشاطبي، وحمل عنه الكتاب والسنة خلائق، والله تعالى يغفر له، انتهى ما قاله الحسيني بلفظه.

قلت: ومن تصانيفه التاريخ الأوسط والصغير، وقد طبع بدائرة المعارف بحيدر آباد الدكن، وسير أعلام النبلاء وطبقات الحفاظ، وطبع بدائرة المعارف مرتين، ومختصر تهذيب الكمال المعروف بالتهذيب، والكاشف مختصر ذلك، والمجرد في أسماء رجال الكتب الستة، والتجريد في أسماء الصحابة، وطبع بدائرة المعارف، والميزان وطبع بالهند وبمصر، والمغني في الضعفاء، ومشتبه النسبة، وطبع بأوروبا، ومختصر الأطراف لشيخه

المزي، وتلخيص المستدرک مع تعقبه عليه، وطبع بدائرة المعارف في ذيل مستدرک الحاكم، ومختصر المحلى، ومهذب سنن البيهقي، وغير ذلك. وله معجم كبير وصغير، وكتاب العلو، وطبع بالهند وبمصر وفيه مأخذ، وزغل العلم، وطبع بمصر مع تعليق عليه للأستاذ الكوثري حفظه الله. وقال السيوطي في ذيل طبقات الحفاظ: إن المحدثين عيال الآن في الرجال وغيرها من فنون الحديث على أربعة: المزي، والذهبي، والعراقي، وابن حجر، ثم قال: ورثاه التاج السبكي بقصيدة أولها:

من للحديث وللسارين في الطلب من بعد موت الإمام الحافظ الذهبي
من للرواية والأخبار ينشرها بين البرية من عجم ومن عرب
من للدراية والآثار يحفظها بالنقد من وضع أهل الغي والكذب
من للصناعة يسدري حل معضلها حتى يريك جلاء الشك والريب
ومنها:

هو الإمام الذي روت روايته وطبق الأرض من طلابه النجب
ثبت صدوق خير حافظ يقط في النقل أصدق أنباء من الكتب
الله أكبر ما أقرا وأحفظه من زاهد ورع في الله مرتقب

هذا وقد تم نشر هذا المجموع النفيس، تحت ظلال مولانا الملك الجليل المعان، الذائع صيت فضله في كل مكان، صاحب الجلالة، السلطان ابن السلطان، سلطان العلوم، مظفر الممالك، شمس الملة والدين، آصف جاه السابغ، مير عثمان علي خان جادر، لا زالت مملكته رافلة في حلل العز والارتقاء ما توالى الملوان، كان ذلك بإذن لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن حرسها الله عن الشرور والفتن في شهر ذي القعدة المحرم من سنة ١٣٦٦ هـ

ولله الحمد والمنة.

أبو الوفا الأفغاني

ترجمة

الإمام أبي حنيفة

النعمان بن ثابت الكوفي
المتوفى ١٥٠ هـ

تأليف

الإمام الحافظ

أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي

المتوفى ٧٤٨ هـ

تحقيق

أحمد فرید المزیدي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على كل حال وصلى الله على محمد أفضل الرجال.

أما بعد فهذا كتاب في أخبار فقيه العصر وعالم الوقت، أبي حنيفة، ذي الرتبة الشريفة، والنفس العفيفة، والدرجة المنيفة: النعمان بن ثابت بن زوطي مغني أهل الكوفة. ولد لله وأرضاه، وأنفذ ما أوضحه من الدين الحنيفي وأمضاه، في سنة ثمانين في خلافة عبد الملك بن مروان بالكوفة، وذلك في حياة جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، وكان من التابعين لهم إن شاء الله بإحسان، فإنه صح أنه رأى أنس بن مالك إذ قدمها أنس رضي الله عنه. قال محمد ابن سعد: حدثنا سيف بن جابر أنه سمع أبا حنيفة يقول: رأيت أنسًا رضي الله عنه وقال يعقوب بن شيبة السدوسي: أبو حنيفة مولى لبني تميم الله بن ثعلبة بن بكر بن وائل.

وقال أبو خازم عبد الحميد القاضي: سألت ابن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة: لمن ولاؤكم؟ فقال: سبي ثابت أبو أبي حنيفة من كابل فاشترته امرأة من بني تميم الله بن ثعلبة ناعتقته. وقال أبو نعيم الفضل بن دكين: كان أبو حنيفة حسن الوجه واللحية حسن الثياب. وقال عبد الوهاب بن زياد: رأيت أبا حنيفة بالكوفة وعليه قلنسوة طويلة سوداء. وقال علي بن عبد الرحمن بن محمد بن المغيرة الكوفي بمصر: سمعت أبي يقول: رأيت شيخًا في مسجد الكوفة يفتي الناس (وعليه قلنسوة طويلة) فقلت: من هذا؟ قالوا: أبو حنيفة. قال قاضي مصر أبو القاسم عبد الله بن محمد بن أحمد بن يحيى بن الحارث بن أبي العوام السعدي في كتاب فضائل أبي حنيفة، وهو مجلد واحد: حدثني إبراهيم بن أحمد بن سهل الترمذي ثنا القاسم بن غسان القاضي ثنا أبي أنا جدي أبو غسان أيوب بن يونس سمع النضر بن محمد يقول: كان أبو حنيفة جميل الوجه، سري الثوب، عطرًا، ولقد أتيت في حاجة فصليت معه الصبح، وعليّ كساء قومي فأمر بإسراج بقله وقال: أعطني كساءك (لأركب في حاجتك وهذا) كسائي (إلى أن أرجع) ففعلت، فلما رجعت قال: يا نضر أخجلتني بكسائك. قلت وما أنكرت منه؟ قال: هو غليظ. قال النضر: وكنت اشتريته بخمسة دنانير، وأنا به معجب، ثم رأيته بعد هذا وعليه كساء قومي قومه بثلاثين دينارًا.

من أخلاقه وورعه

روى الحسن بن إسماعيل بن محالد عن أبيه قال: كنت عند الرشيد (إذ دخل عليه أبو يوسف فقال له هارون): صف لي أخلاق أبي حنيفة. قال: كان والله شديد الذب عن حرام الله، مجانبًا لأهل الدنيا، طويل الصمت، دائم الفكر، لم يكن مهذرًا ولا ثرثارًا إن

سئل عن مسألة كان عنده علم أجاب فيها، وما علمته يا أمير المؤمنين إلا صاناً لنفسه ودينه (مشتغلاً بنفسه عن الناس) لا يذكر أحداً إلا بخير. فقال الرشيد: هذه أخلاق الصالحين. وقال القاسم بن غسان: سمعت إسحاق بن أبي إسرائيل يقول: ذكر قوم أبا حنيفة عند ابن عينة فتنقصه بعضهم فقال سفيان: مه! كان أبو حنيفة أكثر الناس صلاة، وأعظمهم أمانة، وأحسنهم مروعة. وروي عن شريك قال: كان أبو حنيفة طويل الصمت، دائم الفكر، كبير العقل، قليل المحادثة للناس. وقال الحسن بن إسماعيل بن بحالد: سمعت وكيعاً يقول: قال الحسن بن صالح بن حي: كان أبو حنيفة شديد الخوف لله، هائباً للحرام أن يستحل. وعن بشر بن يحيى: سمعت ابن المبارك يقول: ما رأيت رجلاً أوفى في مجلسه، ولا أحسن سناً وحلماً من أبي حنيفة، ولقد كنا عنده (في المسجد الجامع) فوقع حية من السقف في حجره فما زاد على أن نفخ حجره فألقاها وما منا أحد إلا هرب. وعن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة قال: لما حذق أبي حماد قراءة الفاتحة أعطى أبو حنيفة المعلم خمسمائة درهم. وقد ورد في كرم أبي حنيفة وأفضاله أخبار عديدة. وقال إبراهيم بن سعيد الجوهري: ثنا المثنى بن رجاء، قال: جعل أبو حنيفة على نفسه إن حلف بالله صادقاً في عرض حديثه أن يتصدق بدينار فكان إذا حلف تصدق بدينار، وكان إذا أنفق على عياله نفقة تصدق بمثلها. وقال أبو بكر بن عياش: لقي أبو حنيفة من الناس عبثاً لقلة مخالطة الناس فكانوا يرونه من زهر فيه، وإنما كان ذلك منه غريزة فيه. وقال جبارة بن المغلس: سمعت قيس بن الربيع يقول: كان أبو حنيفة ورعاً تقياً، مفضلاً على إخوانه. وقال لوين: سمعت محمد بن جابر يقول: كان أبو حنيفة قليل الكلام إلا بما يسأل عنه، قليل الضحك، كثير الفكر، دائم القُطوب كأنه حديث عهد بمصيبة. وقال زيد بن أوزم: سمعت الحريري يقول: كنا عند أبي حنيفة فقال له رجل: إني وضعت كتاباً على خطك إلى فلان فوهب لي أربعة آلاف درهم، فقال أبو حنيفة: إن كنتم تتفنون بهذا فافعلوا. ورواها الطحاوي عن أبي خازم القاضي عنه.

شيوخ أبي حنيفة وأصحابه

تفقه بحمد بن أبي سليمان صاحب إبراهيم النخعي وبغيره وقال: اختلفت إلى حماد خمس عشرة سنة. وفي رواية أخرى عنه قال: صحبته عشرة أعوام أحفظ قوله وأسمع مسائله. وسمع الحديث من عطاء بن أبي رباح بمكة، وقال: ما رأيت أفضل من عطاء. وسمع من عطية العوفي، وعبد الرحمن بن هرمز الأعرج، وعكرمة، ونافع، وعدي بن ثابت، وعمرو بن دينار، وسلمة بن كهيل، وقتادة بن دعامة، وأبي الزبير، ومنصور، وأبي

جعفر محمد بن علي بن الحسين، وعدد كثير من التابعين. تفقه به جماعة من الكبار، منهم
 رفر بن الهديل، وأبو يوسف القاضي، وابنه حماد بن أبي حنيفة، ويوح بن أبي مريم
 المعروف بـيوح الخامع، وأبو مطيع الحكم بن عبد الله السلمي، والحسن بن زياد البجلي،
 ومحمد بن الحسن، وأسد بن عمرو القاضي، وروى عنه من المحدثين والمقهاء عدة لا
 يحصون، فمن أفراده معبرة بن مقسم، وزكريا بن أبي زائدة، ومسعر بن كدام، وسفيان
 الثوري، ومالك بن مغول، ويونس بن أبي إسحاق، ومن بعدهم زائدة، وشريك،
 والحسن بن صالح، وأبو بكر بن عياش، وعيسى بن يونس، وعلي بن مسهر، وحفص بن
 غياث، وجريز بن عبد الحميد، وعبد الله بن المبارك، وأبو معاذ، ووكيع، والحارثي، وأبو
 إسحاق المزاري، ويزيد بن هارون، وإسحاق بن يوسف الأزرق، والمعالي بن عمر،
 وزيد بن الحباب، وسعد بن الصلت، ومكي بن إبراهيم، وأبو عاصم النبيل، وعد
 الرزاق بن همام، وحفص بن عبد الرحمن السلمي، وعبيد الله بن موسى، وأبو عبد الرحمن
 المقرئ، ومحمد بن عبد الله الأنصاري، وأبو نعيم، وهودبة بن خليفة، وأبو أسامة، وأبو
 يحيى الحماني، وابن نمير، وجعفر بن عون، وإسحاق بن سليمان الرازي، وخلائق.

عبادة أبي حنيفة

قد تواتر قيامه الليل وتهجده وتعبه رحمه الله تعالى. قال يعقوب بن شيبة: حدثني
 بكر، سمعت أبا عاصم النبيل يقول: كان أبو حنيفة يسمى الوتد لكثرة صلاته. وقال
 حريث بن أبي الورقاء: سمعت علي بن إسحاق السمرقندي سمعت أبا يوسف يقول: كان
 أبو حنيفة يختم القرآن في كل ليلة في ركعة. هذه حكاية غريبة والمحموط ما رواه بشر بن
 الوليد الكندي عن أبي يوسف قال: كنت أمشي مع أبي حنيفة إذ سمعت رجلاً يقول
 لآخر: هذا أبو حنيفة لا ينام الليل. فقال أبو حنيفة: والله لا يتحدث عني بما لا أفعل!
 فكان يحيى الليل صلاة ودعاء وتصبراً.

وروى حبان بن بشر عن حكام بن سلم عن أبي سفيان قال: كنا نختلف إلى عمرو
 ابن مرة فكان أبو حنيفة يصلي العشاء والفجر بطهر واحد.

وروى يحيى الحماني عن أبيه أنه قال: صحبت أبا حنيفة ستة أشهر فما رأيته صلى
 الغداة إلا بوضوء العشاء الآخرة، وكان يختم القرآن كل ليلة عند السحر. وقال
 إبراهيم بن سعيد الجوهري: ثنا المثنى بن رضاء عن أم حميد حاضنة ولد أبي حنيفة قالت:
 قالت أم ولد أبي حنيفة: ما توسد أبو حنيفة فرائشاً بلبل مذ عرفته، وإنما كان يومه بين
 الظهر والعصر في الصيف وبالليل في مسجده أول الليل في الشتاء. وعن أبي عبد الرحمن

المقرئ قال: لو رأيت أبا حنيفة يصلي علمت أن الصلاة من همه. وقال حبان بن المغيرة: سمعت الحسين الحنفي وسأله رجل: أكان أبو حنيفة يؤمن بالبعث؟ فقال: أخبرني من شاهده وهو يردد هذه الآية: ﴿قَمَرَ اللَّهُ عَلَيْنَا وَزَقَّنَا عَذَابَ السَّمُومِ﴾ [الطور: ٢٧] وهو يبكي ويقول: اللهم من علينا وقنا عذاب السموم يا رحيم. وعن سلم بن سالم البجلي عن أبي الحويرثة قال: صحبت أبا حنيفة ستة أشهر فما رأيته ليلة واحدة وضع جنبه. وقال ابن أبي العوام القاضي في فضائل أبي حنيفة: ثنا أحمد بن أبي عمران، ثنا محمد بن شجاع عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة قال: ربما قرأت في ركعتي الفجر حزبين من القرآن قال علي بن حفص الزازي: سمعت حمص بن عبد الرحمن، سمعت مسعراً يقول: دخلت المسجد فرأيت رجلاً يصلي فاستحليت قراءته فوقفت حتى قرأ سبعة فقلت يركع، ثم بلغ الثلث فقلت يركع، ثم بلغ النصف، فلم يزل على حاله حتى ختم القرآن في ركعة فنظرت فإذا هو أبو حنيفة. (قال) إبراهيم بن رستم السمرقندي: سمعت خارجة بن مصعب يقول: ختم القرآن في ركعة [أربعة من الأئمة]: عثمان بن عفان، وميم الداري، وسعيد بن جبير، وأبو حنيفة رحمه الله. وعن يحيى بن نصر قال: ربما ختم أبو حنيفة القرآن في رمضان ستين مرة.

محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن عن القاسم بن معن أن أبا حنيفة قام ليلة يردد قوله تعالى: ﴿بَلِ الْآلَاءُ مَوْعِدُهُمْ وَالسَّاعَةُ أَذًى وَأَمْرٌ﴾ [القمر: ٤٦]. ويكي ويتصرع إلى الصباح. وقال محمد بن حماد بن المبارك المصيصي في سيرة أبي حنيفة: قال محمد بن مكيح بن وكيع بن الجراح: ثنا يزيد بن كميث، سمعت رجلاً يقول لأبي حنيفة: اتق الله! فاتمض واصفر وأطرق وقال: جزاك الله خيراً، ما أحوج الناس كل وقت إلى من يقول لهم مثل هذا! (وقال يزيد بن كميث) فتح غلام لأبي حنيفة يوماً رزمة خبز فإذا الأحصر والأحمر والأصفر، فقال الغلام: نسأل الله الجنة. فبكى أبو حنيفة حتى احتلج صدغاه ومكياه وأمر بعلق الدكان وقام مغطى الرأس مسرعاً، فلما كان من الغد جلست إليه فقال: يا أخي ما أجزأنا! يقول أحدنا نسأل الله الجنة! إنما يسأل الله الجنة من راض نفسه -يعني ذلها- إنما يريد مثلاً أن يسأل الله العفو. وروى الخطيب في تاريخه من جهة أسد ابن عمرو قال: صلى أبو حنيفة فيما حفظ عليه صلاة الفجر بوضوء العشاء أربعين سنة، فكان عامة الليل يقرأ جميع القرآن في ركعة، وكان يسمع بكاءه بالليل حتى يرحمه جيرانه، وحفظ عليه أنه ختم القرآن في الموضع الذي توفي فيه سبعة آلاف مرة أخبرني بهذا المسلم بن علان لإجازة، أنا أبو اليمن الكندي، أنا أبو مصور الشيباني، أنا أبو بكر

الخطيب، أما علي بن الحسن، أما أحمد بن محمد بن يعقوب الكاعدي، ثنا عبد الله بن محمد الحارثي بخاري، أنا أحمد بن الحسين اللخمي، ثنا حماد بن قريش، سمعت أحمد بن عمرو ذكره، وقال مسعر بن كدام: رأيت أبا حنيفة قرأ القرآن في ركعة. وعن ابن المبارك قال: مكث أبو حنيفة مدة يصلي الخمس بوضوء واحد.

وقال بعضهم: قال حماد بن أبي حنيفة: لما غسل الحسن بن عماره أبي قال: عم الله بك لم تمطر منذ ثلاثين سنة، ولم تتوسد بمليل منذ أربعين سنة، ولقد أتت من بعدك وفضحت القراء. وقال حماد بن آدم المروزي: سمعت ابن المبارك يقول: ما رأيت أروع من أبي حنيفة، وقد جرب بالسياط والأموال. وقال محمد بن أحمد بن يعقوب ابن شبة: ثنا حدي، أخبرني عبد الله بن الحسن بن المبارك عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة قال: مررت مع أبي بالكناسة فبكى. فقلت له: يا أبت ما يبكيك؟ قال: يا بني في هذا الموضع صرب ابن هيرة جلدك عشرة أيام في كل يوم عشرة أسواط على أن يلي القضاء فلم يفعل. [وقال أحمد بن منصور الرمادي: ثنا عبد الرزاق قال: ما رأيت أحداً أحلم من أبي حنيفة، كنا جلوساً معه في مسجد الخيف فسأله رجل عن مسألة فأتاه، فقال الرجل: قال الحسن البصري كذا وكذا. فقال [أبو حنيفة]: أخطأ الحسن، فحاء رجل مغطى الوجه فقال: يا ابن الماعنة تقول أخطأ الحسن! فهم الناس به فقال [أبو حنيفة]: أقول أخطأ الحسن وأصاب ابن مسعود. قال محمد بن مليح بن وكيع: نا يزيد بن كميث، سمعت أبا حنيفة وشتمه رجل واستطال عليه وقال له: يا كافر يا زنديق. فقال أبو حنيفة: غفر الله لك هو يعلم مني خلاف ما تقول. (قال) إبراهيم بن عبد الله الهروي: سمعت يزيد بن هارون يقول: ما رأيت أحداً أحلم من أبي حنيفة. الواقدي: ثنا القاسم بن معن قال أخذ ابن هيرة أبا حنيفة فأرادته على ولاية القضاء فأبى فحبسه، فقيل لأبي حنيفة إنه حلف أن لا يخرحك حتى تلي له، وإنه يريد ناءً، فتول له عبد اللس. فقال: لو سألتني أن أمد له أبواب المسجد لم أفعل. وقال عبيد بن معبد بن شداد: ثنا عبيد الله بن عمرو الرقي قال: صرب ابن هيرة أبا حنيفة على أن يلي القضاء فأبى، فقال الناس: استتابه. وذكر أبو حنيفة [عند ابن المبارك] فقال: ماذا يقال في رجل عرضت عليه الدنيا والأموال فبذها، وضرب بالسياط فصبر عليها، ولم يدخل فيما كان غيره يستدعيه! محمد بن شجاع الثلجي: حدثني حبان رجل من أصحاب أبي حنيفة قال: قال أبو حنيفة حين ضرب ليلي القضاء: ما أصابي في ضربي شيء أشد علي من عم والدني وكان بها برأ. يعقوب بن شبة: ثنا عبد الله بن الحسن بن المبارك، نا بشر بن الوليد قال: أشخص

المصور أبا حنيفة فأراد على أن يوليه فأبى فحلف عليه ليفعل وحلف أبو حنيفة أن لا يفعل. فقال الربيع الحاجب: ألا ترى أمير المؤمنين يحلف؟ قال: أمير المؤمنين على كفاة أيمانه أقدر مني. فأبى أن يلي، فأمر به إلى السجن فمات فيه، ودفن في مقابر الحيران. رواها يعقوب بن شيبة عن بشر، ورواها أيضاً إبراهيم بن أبي إسحاق الرهري الكوفي عن بشر، فزاد فيها: فسجن ثم دفعه إلى حميد الطوسي شرطيه فأراد أن يودبه فقال: يا شيخ إن أمير المؤمنين يدفع إليّ الرجل ويقول لي اقتله أو اقطعه أو اصربه ولا علم لي بقصته؟ فقال أبو حنيفة: هل يأمرك أمير المؤمنين بأمر قد وجب أو بأمر لم يجب؟ قال: بل بما قد وجب. قال: فإذا أَمَرَكَ يقتل واحب أو ضرب متعين فبادر إليه فإنك مأجور في ذلك. يحيى الحماني عن أبيه قال: كان أبو حنيفة يصرب على أن يلي القضاء فيأبى، ولقد سمعته يبكي وقال: أبكي عمّا على والدتي! وعن مغيث بن يديل قال: دعا أبو جعفر أبا حنيفة إلى القضاء فامتنع فقال: أترعب عما نحن فيه؟ فقال: لا أصلح للقضاء. قال له: كذبت. قال: قد حكم عليّ أمير المؤمنين أني لا أصلح لأنه سبني إلى الكذب، فإن كنت كاذباً فلا أصلح، وإن كنت صادقاً فقد أخبرت أنك أني لا أصلح. فحبسه.

إسماعيل بن أبي أويس: سمعت الربيع بن يونس يقول: رأيت المصور يمازل أبا حنيفة في أمر القضاء فقال: والله ما أنا بمأمون الرضا فكيف أكون بمأمون الغضب فلا أصلح لذلك. فقال: كذبت أنت تصلح. قال: وكيف يحل لك أن تولي من يكذب. قال أبو بكر الخطيب: وقيل إنه ولي القضاء يومين [ولم يأنه فيهما أحداً، وقضى في اليوم الثالث] في قضية واحدة، ثم اشتكى ستة أيام [ثم مات]. وقال أبو عبد الله الصمري الفقيه بسد له: لم يقل أبو حنيفة العهد بالقضاء فضرب مائة سوط وحبس ومات في السجن، كذا قال وقيل حملت إليه عشرة آلاف فوضعت له في الدار فاغتم ولم ينطق، ومكثت تلك البدرة في مكانها، فلما مات أبو حنيفة حملها ولده حماد إلى الذي جاء بها وهو الحسن بن قحطبة فقال: هذه ودبتك. فنظر إليها الحسن وقال: رحم الله أباك! لقد شح على ديه إذ شحت به أنفس أقوام. ويروى أن ابن هيرة لما بلغه أن أبا حنيفة حلف أنه لا يتولى القضاء فقال: يعارض يميني بيمينه؟! فأمر به فصرب عشرين سوطاً على رأسه، فقال: اذكر مقامك بين يدي الله فإنه أذل من معامي بين يديك، فلا تهدر دمي فإني أقول لا إله إلا الله. فأورماً إلى الخلاء أمسك، فأصبح أبو حنيفة في السجن وقد انتفخ رأسه ووجهه من الصرب. وقيل غير ذلك.

محمد بن عليّ بن عثمان العامري: ثنا الوليد بن حماد اللؤلؤي، ثنا الحسن بن زياد

للأنثوي، سمعت أبا يوسف يقول: اجتمعنا عند أبي حنيفة في يوم مصير في بحر (من أصحابه) منهم داود الطائي، والفاسم بن معن، وعافية بن يزيد، وحمص بن عباد (ووكيع بن الحجاج ومالك بن معول) ورفر، فأقبل علينا بوجهه وقال: أنتم مسار قسي، وجلاء حرني، وأسرجت لكم المقه وأجلمته، وقد تركت الناس يطنون أعقابكم، ويلتمسون ألباطكم، ما منكم واحد إلا وهو يصلح للقضاء: فسألتكم بالله وبفسر ما وهب الله لكم من جلالة العلم لما صتموه عن دل الاستنحار، وإن بُلي أحد منكم بالقضاء فعلم من نفسه خربة سترها الله عن العباد لم يجر قضاؤه، ولم يطلب له رزقه، فإن دفعته ضرورة (إلى الدخول فيه) فلا يحتجن عن الناس وليصل الخمس في مسجده، ويأدي عند كل صلاة: من له حاجة؟ فإذا صلى العشاء نادى ثلاثة أصوات: من له حاجة؟ ثم دخل إلى مرله، فإن مرض مرضاً لا يستطيع الجلوس معه أسقط من ررقه بقدر مرضه، وأبما إمام غل فيماً أو جار في حكم بطلت إمامته ولم يجز حكمه، عن الحسن بن زياد قال أبو حنيفة: إذا ارتشى القاضي فهو معزول وإن لم يعزل

ذكر من وصفه بالفقه

عن الأعمش أنه سئل عن مسألة فقال: إنما يحسن هذه العمان بن ثابت اخرازا، وأظه بورك له في علمه.

يوسف بن موسى، سمع جريراً يقول: كان الأعمش إذا سئل عن الدقائق أرسلهم إلى أبي حنيفة وقد قال مغيرة له: ألا تأتي أبا حنيفة.

يحيى بن أكثم عن جرير قال: قال لي مغيرة: جالس أبا حنيفة تفقه فإن إبراهيم لو كان حياً لجالسه.

شبابه بن سوار قال: كان شعبة حسن الرأي في أبي حنيفة كثير الترحم عليه. عبيد الله بن موسى سمعت مسعراً يقول: رحم الله أبا حنيفة إن كان لفقياً عالماً. حسين الجعفي سمعت زائدة [بن قدامة] يقول: النعمان بن ثابت فقه الدن، لم يعد ما أدرك عليه أهل الكوفة. وعن أبي بكر بن عياش قال: كان النعمان بن ثابت أفقه أهل زمانه. أبو نعيم، سمعت علي بن صالح بن حيي يقول -لما مات أبو حنيفة-: ذهب معني العراقي وفقهها. بشر الحافي: سمعت عبد الله بن داود الخريبي يقول: إذا أردت الآثار فسيقان الثوري، وإذا أردت تلك الدقائق فأبو حنيفة. روح بن عبادة قال: كنت عند ابن حريج فقيل له: مات أبو حنيفة. فقال: رحمه الله لقد ذهب معه علم كثير. المثنى بن رجاء: سمعت سعيد بن أبي عروبة يقول: كان أبو حنيفة عالم العراق. قال يزيد بن هارون: أفقه

من رأيت أبو حنيفة. وعن شداد بن حكيم: ما رأيت أعلم من أبي حنيفة في زمانه. الحلواني قلت لأبي عاصم النبيل: أبو حنيفة أفقه أو سفيان؟ فقال: أبو حنيفة. عبد الرزاق قال: قال ابن المبارك: إن كان (الاحتياج) إلى الرأي فهو أسدُّهم [رأيًا]. وعن ابن المبارك قال: لولا أن الله قد أدركني بأبي حنيفة وسفيان لكنت بدعيًا. يحيى بن آدم، سمعت الحسن بن صالح يقول: كان أبو حنيفة فہمًا بعلمه، متثبتًا فيه، إذا صح عنه الخبر عن رسول الله ﷺ لم بعده إلى غيره.

المرني وغيره، سمعت الشافعي يقول: الناس عيال على أبي حنيفة في الفقه

إسحاق بن مہلول، سمعت ابن عيينة يقول: ما مقتت عيني مثل أبي حنيفة. إبراهيم بن عبد الله المروزي الخلال، سمعت ابن المبارك يقول: كان أبو حنيفة آية. أحمد بن الصاح، سمعت الشافعي يقول: قيل لمالك: هل رأيت أبا حنيفة؟ قال: نعم رأيته رحلاً لو كلمك في هذه السارية أن يجعلها ذهباً لقدم بحمته. أحمد بن محمد بن مہلس: ثنا محمد بن مقاتل، سمعت ابن المبارك يقول: إن كان الأثر قد عرف واحتج إلى الرأي فرأي مالك وسفيان وأبي حنيفة، وأبو حنيفة أحسنهم وأدقهم فطرة وأعوصهم على الفقه وهو أفقه الثلاثة.

سلمة بن شبيب، سمعت عبد الرزاق، سمعت ابن المبارك يقول: إن كان أحد ينبغي له أن يقول برأيه فأبو حنيفة. وقال حنان بن موسى: سئل ابن المبارك أمالك أفقه أم أبو حنيفة؟ فقال: أبو حنيفة.

بشر الحائي قال: قال الخريبي: ما يقع في أبي حنيفة إلا جاهل أو حاسد. أبو مسلم الكشي، عن محمد بن سعد الكاتب عن الخريبي أنه قال: يجب على أهل الإسلام أن يدعوا الله لأبي حنيفة في صلاتهم. وعن مكِّي بن إبراهيم قال: كان أبو حنيفة أعلم أهل زمانه. يحيى بن معين سمعت يحيى بن سعيد القطان يقول: لا تكذب الله ما سمعنا أحسن من رأي أبي حنيفة وقد أخذنا بأكثر أقواله. يحيى بن أبي طالب، سمعت علي بن عاصم يقول: لو وزن علم أبي حنيفة بعلم أهل زمانه لرجح.

طلق بن عنام النخعي سمعت حفص بن غياث يقول: كلام أبي حنيفة أدق من الشعر لا يعيبه إلا جاهل.

الحميدي: سمعت سفيان بن عيينة يقول: شيان ما ظنتهما أن يتجاورا فطرة الكوفة: قراءة حمرة، ورأي أبي حنيفة وقد بلغا الأمان.

ومن قوله في الرأي

نعم بن حماد، سمعت أبا عصمة -وهو نوح الجامع- قال: سمعت أبا حنيفة يقول: ما جاء عن رسول الله ﷺ فعلى الرأس والعين، وما جاء عن الصحابة احتراباً، وما كان من غير ذلك فهم رجال ونحن رجال. جماعة قالوا: قال ابن معين: سمعت عبيد بن أبي قرة، سمعت يحيى بن الضريس يقول: شهدت الثوري وأتاه رجل فقال: ما تقم على أبي حنيفة؟ قال: وما له؟ قال: سمعته يقول: أخذ بكتاب الله فما لم أجد نيسة رسول الله [والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات عن الثقات] فإن لم أجد فقول أصحابه أخذ يقول من شئت، وأما إذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي والحسن وعطاء فأجهد كما اجتهدوا. فسكت سميان طويلاً ثم قال كلمات ما بقي أحد في المجلس إلا كسها. سمع الشديد من الحديث فمخافه، ونسمع اللين فترجوه، ولا نحاسب الأحياء، ولا نقضي على الأموات، نسلم ما سمعنا ونكل ما لم نعلمه إلى عالمه، وتهم رأياً لرأيهم.

وكيع، سمعت أبا حنيفة يقول: البول في المسجد أحسن من بعض القياس. محمد بن شجاع النخعي، سمعت إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة يقول: قال أبو حنيفة: هذا الذي نحن فيه رأي لا نحر عليه أحدًا ولا نقول يجب على أحد قوله فمن كان عنده أحسن منه فليأت به.

الحسن بن زياد اللؤلؤي قال: قال أبو حنيفة: علمنا هذا رأي وهو أحسن ما قدرنا عليه، ومن جاءنا بأحسن منه قبله منه. قال ابن حرم: جميع أصحاب أبي حنيفة مجمعون على أن مذهب أبي حنيفة أن ضعيف الحديث أولى عنده من القياس والرأي. قال عبيد الله بن عمرو الرقي: كنا عند الأعمش وعنده أبو حنيفة فسئل الأعمش عن مسألة فقال: أنت يا نعمان. فأفتاه أبو حنيفة. فقال: من أين قلت هذا؟ قال: لحديث حدثته أنت! ثم ذكر له الحديث، فقال له الأعمش: أنتم الأطباء ونحن الصيادلة.

أحمد بن أبي خيثمة: ما إبراهيم بن بشار، عن سفيان بن عيينة قال: مررت بأبي حنيفة في المسجد وإذا أصحابه حوله قد ارتفعت أصواتهم فقلت: ألا تنههم عن رفع الصوت في المسجد؟ قال: دعهم فإنهم لا يتفقهون إلا بهذا.

فصل

قال عمر بن شبة: حدثني أبو نعيم، سمعت زفر بن الهذيل يقول: كان أبو حنيفة يجهر في أمر إبراهيم بن عبد الله بن حسن جهراً شديداً فقلت: والله ما أنت بمسته حتى

٢٠ — ترجمة الإمام أبي حنيفة للحافظ الذهبي

بؤنى فتوصع في أعناقنا الحبال. قال أبو نعيم: فعدوت أريد أبا حنيفة فلقبته راكنا يريد وداع عيسى بن موسى قد كاد وجهه يسود، فقدم بغداد فأدخل على المنصور. محمد بن شجاع الثلجي، سمعت الحسن بن أبي مالك، سمعت أبا يوسف، سمعت أبا حنيفة يقول: يقدم علينا من هذا الوجه صبيان - يعني من خراسان -: الجهمية والمشبهة. النصر بن محمد عن أبي حنيفة أنه قال: جهن ومقاتل كانا فاسقين. أفرط هذا في التشبه وهذا في النفي. قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: لا ينبغي للرجل أن يحدث من الحديث إلا ما يحفظه من وقت ما سمعه. شعيب بن أيوب الصريفي: ثنا أبو يحيى الحماني. سمعت أبا حنيفة يقول: رأيت رؤيا أفرعتني رأيت كأنني أبش قبر النبي ﷺ، فأتيت البصرة فأمرت رجلا يسأل محمد بن سيرين فقال: هذا رجل يشتر أخبار رسول الله ﷺ. وفي رواية: هذا رجل يشتر علم النبوة. وروى محمد بن شجاع الثلجي عن الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال: رأى أبو حنيفة كأنه يشتر قبر النبي ﷺ ثم يأخذ عظامه يجمعها ويولفها فهاله ذلك، فأوصى صديقاً له إذا قدم البصرة أن يسأل ابن سيرين، فسأله فقال: هذا رجل يجمع سنة النبي ويحييها. وقال علي بن عاصم: سمعت أبا حنيفة يقول: رأيت كأنني نبشت قبر النبي ﷺ فجزعت وخفت أن يكون ردة عن الإسلام، فجهزت رجلاً إلى البصرة فقص على ابن سيرين الرؤيا، فقال: إن صدقت رؤيا هذا الرجل فإنه يرث علم نبي.

ابن أبي رزمة عن عدان أنه سمع ابن المبارك يقول: إذا سمعتم يذكر أبا حنيفة بسوء ساءني ذلك وأخاف عليهم المقت من الله تعالى.

علي بن معبد ثنا الشافعي قال: قال الليث بن سعد: كنت أسمع بذكر أبي حنيفة فأتيتني أن أراه، فلاني لبمكة إذ رأيت الناس متقصفين على رجل، فسمعت رجلاً يقول: يا أبا حنيفة. فقلت: إنه هو. فقال: إني ذو مال وأنا من خراسان ولي ابن أروجه المرأة وأتفق عليه المال الكثير فيطلقها فيذهب مالي، وأشتري له الجارية بالمال الكثير فيعتقها فيذهب مالي فهل من حيلة؟ قال أبو حنيفة: أدخله سوق الرقيق فإذا وقعت عينه على جارية فاشترها لنفسك ثم زوجها لياه فإن طلقها رجعت مملوكة لك وإن أعتقها لم يجز عتقه. قال الليث: فوالله ما أعجني صوابه كما أعجني سرعة جوابه. وروى نحوها الطحاوي بإسناد آخر إلى الليث.

محمد بن شجاع، سمعت علي بن عاصم يقول: لو ورن عقل أبي حنيفة بعقل صف أهل الأرض لرجح بهم.

قال الطحاوي: سمعت محمد بن العباس وأحمد بن أبي عمران يذكران أن

إسماعيل بن محمد بن حماد قال: شككت في طلاق امرأتي فسألت شريكك فقال: طلقها وأشهد على رجعتها، ثم سألت سفيان الثوري فقال لي: [أذهب من أهلك] إن كنت طلقتها فقد راجعتها ثم سألت زفر بن الهذيل فقال لي: هي امرأتك حتى تنفى طلاقها. فأتيت أبا حنيفة فقال لي: أما سفيان فأنتك بالورع، وأما زفر فأنتك بعين الغفلة. وأما شريكك فهو كرجل قلت له لا أدري أصاب نوبي بول أم لا فقال لك: بل على نوبك واغسله.

محمد بن شجاع، سمعت الحسن بن زياد اللؤلؤي يقول: أتيت داود الطائفي أبا وحاد بن أبي حنيفة فجرى ذكر شيء فقال داود لحماذ: يا أبا إسماعيل مهما تكلم به المتكلم بشيء رجاء أن يسلم منه فليحذر أن يتكلم في القرآن إلا بما قال الله عز وجل فيه، ولقد سمعت أباك يقول: أعلمنا الله أنه كلامه فمن أخذ بما علمه الله فقد استمسك بالعروة الوثقى فهل بعد التمسك بالعروة الوثقى إلا السقوط في الهلكة؟! فقال حماد لداود: جزاك الله خيراً فنعم ما أشرت به.

علي بن الحسن بن شقيق حدثني إسحاق بن الحسن الكوفي قال: جاء رجل إلى سوق الخزازين بالكوفة يسأل عن دكان أبي حنيفة الفقيه، فقال له أبو حنيفة: ليس هو بفقير هو مفت متكلف. محمد بن شجاع الثلجي، سمعت حبان يقول: أتت امرأة أبا حنيفة بثوب فقال: بكم هو؟ قالت: بمائة درهم. قال لها: هو خير من ذلك. قالت: بمائتين قال: هو خير من ذلك. قالت: بثلاثمائة. قال: هو خير من ذلك. قالت: بأربعمائة. فاشترى بأربعمائة. وقيل إن رجلاً جاء إلى أبي حنيفة فقال: بعني ثوبين وأحسن بيعي. قال: أي لون تريد؟ فوصف له فقال أنتظرني جمعيتين؟ قال: نعم، فذهب ثم جاءه بعد ذلك فدفع إليه الثوبين ودياراً وقال: إني لم أحسن إليك إني جعلت لك بضاعة فرزقت من عند الله فأحمده. فقالوا لأبي حنيفة فقال: ألم تسمعوا إلى قوله: وأحسن بيعي؟

حدثنا عطاء بن السائب عن سعيد بن جبير قال: إذا قال الرجل للرجل أحسن بيعي فقد اتكفه.

عبيد بن يعقوب: ثنا وكيع قال: كان سفيان إذا قيل له مؤمن أنت قال نعم، وإذا قيل له عند الله قال: أرجو. وكان أبو حنيفة يقول: أنا مؤمن بهما وعهد الله. قال أبو بشر الدولابي: حدثني محمد بن سعدان حدثني الضبي مؤدب المعر قال: كان أبو أسيد يجالس أبا حنيفة، وكان شيخاً عفيفاً معفلاً فقال مرة في مجلس أبي حنيفة لرجل: ارفع ركنك فإني أريد أن أبول وإنما أريد أن يترق. فقال الرجل لأبي حنيفة: ألا تسمع ما يقول؟ قال

أبو أسيد: ليس يقال إدا، حاست العلماء مجالسهم بقلة السكينة والوقار؟ فصحك أبو حنيفة والقوم منه. وكان أبو أسيد جالساً في الشارع إذ مروا بيكرة سمينة فقال: أيتها لي قالوا: ما تصنع بها؟ قال أختتها وأحمراسي! قال وتباً يوم الأحد وليس ثياب يوم الجمعة وتطيب وخرج وجلس إلى صديق له عطار فتحدث عنده ساعة ثم قال: ألا تقوم يا أبي الجمعة؟ فقال له: يا أبا أسيد اليوم الأحد، الناس يغلطون بيوم وأنت تغلط بالأسبوع كله! قال: ما طنت إلا أنه الجمعة. قال ومرض فعاده أبو حنيفة فقال: كيف نحدثك؟ قال: بخير. قال: أطعموك اليوم شيئاً؟ قال: نعم مرقة رب جميز ورماني! فصحك أبو حنيفة وقال له: أنت في عافية.

داود بن رشيد: ثنا يحيى بن سعيد الأموي عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: أخبرني من رأى قبر النبي ﷺ مسماً عليه أفلاق من حجارة بيض. الطحاوي سمعت أحمد [بن أبي عمران يقول: سمعت هلال بن يحيى يقول: سمعت يوسف] بن خالد السلمي يقول: جالست أبا حنيفة ستين ونصف سنة فما سمعته لحن في شيء إلا في حرف واحد، زعم أهل اللغة أن له فيه عرجاً. محمد بن أحمد بن حفص فقيه بخاري، عن أبي وهب محمد بن مزاحم أو غيره، عن ابن المبارك قال: ما نزلت سفیان حتى جعلت عن أبي حنيفة هكذا، وأشار بقصة يده. وقال أبو القاسم عبد الله بن محمد بن أبي العوام السعدي قاضي مصر: حدثني إبراهيم بن أحمد الترمذي، سمعت أبا نصر محمد بن محمد بن سلام البلخي، سمعت نصير بن يحيى البلخي يقول: قلت لأحمد بن حنبل: ما الذي تنقم على هذا الرجل؟ قال: الرأي. قلت: فهذا مالك ألم يتكلم بالرأي؟ قال: بلى ولكن رأي أبي حنيفة خلد في الكتب قلت: فقد خلد رأي مالك في الكتب. قال: أبو حنيفة أكثر رأي من. قلت: فهلا تكلمتم في هذا بحصنه وهذا بحصته؟ فسكت.

فصل في ورعه سوى ما تقدم

قال ابن كاس القاضي: ثنا الحسن بن الحكم الحيري، ثنا علي بن حفص البراز قال: كان حفص بن عبد الرحمن شريك أبي حنيفة، وكان أبو حنيفة يجهز عليه فبعث إليه أن في ثوب كذا عيباً فإذا بعته فبئس، فنسى حفص وباعه من غير تبيان من رجل عريب، وعلم أبو حنيفة فتصدق بجميع ثمنه. قال أبو نعيم: كان أبو حنيفة حسن الدين عظيم الأمانة. قال محمد بن إسحاق بن حلف البكائي: ما جعفر بن عون وغيره أن امرأة أتت أبا حنيفة تطلب منه ثوب خز فأخرجوه إليها. فقالت: إني امرأة ضعيفة فعنيت بما تقوم عليك. فقال: حذبه بأربعة دراهم. فقالت: لا تسخر بي. فقال: سبحان الله! إني اتعت ثوبين فبعت أحدهما رأس

علي بن الحسن بن شقيق عن ابن المبارك قال: سئل أبو حنيفة أي الأعمال أفضل؟ قال: طلب العلم، قيل: ثم أي؟ قال: ما اشتد عليك. وعن خارحة بن مصعب قال: أحم. المصور أبا حنيفة بعشرة آلاف درهم ودعي ليقبضها فشاوري، ثم قال: هد رجل إن رددتها عليه غصب وإن قبلتها دخل علي [في ديني] ما أكرهه. فقلت: إن هذا المال عظيم في عينه فإذا دعيت لتقبضها فقل لم يكن هذا أملي من أمر المؤمنين. ففعل ورفع ذلك إلى المصور فحبسها عنه.

وعن الحسن بن زياد اللؤلؤي قال: والله ما قبل أبو حنيفة لأحد منهم جائزة ولا هدية، يعني الأمراء محمد بن عبد الملك الدقيقي، سمعت يزيد بن هارون يقول: لم أر أعقل ولا أفضل ولا أروع من أبي حنيفة.

أبو قلابة، سمعت محمد بن عبد الله الأنصاري يقول: كان أبو حنيفة تبن عقله في منطقته وفعله ومشيته ومدخله ومخرجه. قال عبد الحميد الحماني: ما رأيت أفضل من أبي حنيفة ديناً وورعاً.

محمد بن علي بن عفا، ثنا يحيى بن عبد الحميد الحماني عن أبيه قال: كنت عند أبي حنيفة فجاءه رجل فقال: سمعت سفيان يال منك ويتكلم بك. فقال: غفر الله لنا وسفيان لو أن سفيان فقد في زمن إبراهيم الخليل لدخل على المسلمين ففقه.

محمد بن الصقر بن مالك بن مغول، سمعت إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة يقول: قال أبو حنيفة: استحل مني ابن أبي ليلى ما لا أستحله أنا من بهيمة. أبو يحيى بن أبي مبصرة: ثنا خلاد بن يحيى قال: قال مسعر بن كدام: طلبت مع أبي حنيفة الحديث فعلمنا وأخذنا في الزهد فبرع علينا وطلنا معه الفقه فجاء منه ما ترون. قال ابن كاس: ثنا أبو بكر المروزي، سمعت أبا عبد الله أحمد بن حنبل يقول: لم يصح عندنا أن أبا حنيفة رحمه الله قال القرآن مخلوق. فقلت: الحمد لله يا أبا عبد الله هو من العلم بمنزلة! فقال: سبحان الله! هو من العلم والورع والزهد وإيثار الدار الآخرة بمحل لا يدركه فيه أحمد، ولقد ضرب بالسياط على أن يلي القضاء لأبي جعفر فلم يفعل.

يحيى بن عبد الحميد الحماني، عن أبيه، سمع أبا حنيفة يقول: جهنم بن صموان الحراساني كافر.

فصل في الاحتجاج بحديثه

اختلفوا في حديثه على قولين، فمنهم من قبله ورآه حجة ومنهم من لم يكثره

غلطه في الحديث ليس إلا. قال علي بن المديني: قيل ليحيى بن سعيد القطان كيف كان حديث أبي حنيفة؟ قال: لم يكن بصاحب حديث قلت: لم يصرف الإمام مئته لسط الألفاظ والإسناد وإنما كانت مئته القرآن والعقود وكذلك حال كل من أقبل على فن فإنه يقصر عن غيره، من ثم لينوا حديث جماعة من أئمة القراء كحفص، وقالون، وحديث جماعة [من] الفقهاء كاسن أبي ليلى، وعثمان البتي، وحديث جماعة من الزهاد كعمر بن السحبي، وشقيق البلخي، وحديث جماعة من النحاة، وما ذلك لضعف في عدالة الرجل بل لقلة إتقانه للحديث، ثم هو أبل من أن يكذب. وقال ابن معين فيما رواه عنه صالح ابن محمد حررة وغيره، أبو حنيفة ثقة. وقال أحمد بن محمد بن القاسم بن محرز، عن يحيى ابن معين: لا بأس به. وقال أبو داود السجستاني: رحم الله مالكاً كان إماماً، رحم الله أبا حنيفة كان إماماً.

فصل في منثور أخباره

روى الخطيب من طريق أحمد بن عطية: ثنا الحسن بن الربيع ثنا قيس ابن الربيع: كان أبو حنيفة يبعث بالبصائع إلى بغداد فيشتري بها الأمتعة ويحملها إلى الكوفة ويجمع الأرباح عنده من سنة [إلى سنة] فيشتري بها حوائج الأشياخ المحدثين وأقواتهم وكسوتهم [وجميع حوائجهم] ثم يعطيهم ويقول: لا تحمدوا إلا الله [فإني] ما أعطيتكم من مالي شيئاً ولكن من فضل الله عليّ فيكم. قد جاء غير حكاية في جود أبي حنيفة وبذله لتلامذته كأبي يوسف وعمره.

محمد بن علي بن عمان العامري، ثنا ضر بن حداد عن أبي يوسف قال: دعا المنصور أبا حنيفة فقال الربيع الحاجب - وكان يعادي أبا حنيفة - يا أمير المؤمنين هذا يحالف جدك ابن عباس كان يقول: إذا حلف ثم استثنى بعد يوم أو يومين جاز الاستثناء وهذا لا يجوز الاستثناء إلا متصلاً باليمين! فقال أبو حنيفة: يا أمير المؤمنين إن الربيع يزعم أنه ليس لك في رقاب جندك بيعة! قال: وكيف؟ قال: يحلفون لك ثم يرجعون إلى منازلهم فيستثنون فتبطل أيمانهم. فضحك المنصور وقال: يا ربيع لا تعرض لأبي حنيفة.

يحيى بن عبد الحميد الحماني سمعت ابن المبارك يقول: رأيت الحسن بن عمارة أخذاً بركاب أبي حنيفة وهو يقول: والله ما أدركنا أحدًا تكلم في العقيدة بلغ ولا أصر ولا أحضر جواباً ملك، وإليك لسيد من تكلم في وقتك غير مدافع، وما يتكلمون فيك إلا لحسد.

سفيان بن وكيع، سمعت أبي يقول: دخلت على أبي حنيفة فرائته مطرقاً معكراً فقال

لي: من أين أقبلت؟ قلت: من عند شريك، فأشأ يقول:

إن يحسدوني فسيبني غير لاسمهم قلبي من الناس أهل الفض قد حسدوا
فدام لي ولهم ما بي وما بهم ومات أكسرا غسيطاً بما يحمد

فصل في وفاة أبي حنيفة

قبل إنه بقي في نفس المصور من أبي حنيفة لقيامه مع إبراهيم بن عبيد الله على المصور، وكان أبو جعفر لا يصطلي له بار، وفيه خبرات وشهامة. قال بشر بن الوليد: مات أبو حنيفة بالسجن ببغداد، ودفن في مقابر الخيزران.

أحمد بن القاسم البرقي، عن بشر بن الوليد، عن أبي يوسف قال: مات أبو حنيفة في نصف شوال سنة خمسين ومائة. وقال الواقدي وغيره: مات أبو حنيفة في رجب سنة خمسين ومائة وله سبعون سنة. وقال الواقدي: مات ببغداد وكنت يومئذ بالكوفة. وقال أبو حسان الزياتي، ويعقوب بن شيبة: مات في رجب سنة خمسين. وجاء عن بعضهم: مات في شعبان. وفي رجب أصبح. وبلغنا أن المصور سقاه السم فأسود ومات شهيداً. رحمه الله تعالى.

ومن حديثه

أخبرنا أبو المعالي أحمد بن إسحاق بن محمد [بن أسيد] الهمداني بمصر أنا أبو القاسم المبارك بن أبي الجود ببغداد، أنا أحمد بن أبي غالب الزاهد، أنا أبو القاسم عبد العزيز بن علي الأساطي، أنا أبو الطاهر (المخلص) محمد ابن عبد الرحمن الذهبي، سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة، ثنا أبو حامد محمد بن هارون الحصري، ثنا إسحاق بن أبي إسرائيل، أنا أبو يوسف، ثنا أبو حنيفة عن علقمة بن مرثد، عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال: أتى ماعز ابن مالك رسول الله ﷺ فأقر بالزنا فرده، ثم عاد فأقر بالزنا فرده، ثم عاد فأقر بالزنا فرده، ثم عاد فأقر بالزنا فرده، فلما كان في الرابعة سأل عنه قومه: هل تنكرون من عقله شيئاً؟ قالوا: لا، فأمر به فرجم في موضع قليل الحجارة، فأبطأ عليه الموت فابتلق يسعى إلى موضع كبير الحجارة، واتبعه الناس فرجموه حتى قتلوه، ثم ذكروا شأنه لرسول الله ﷺ وما يصع؟ فقال: «فلولا خليتم سبيله؟» قال فسأل قومه رسول الله ﷺ واستأذنه في دفنه والصلاة عليه فأذن لهم في ذلك وقال: «لقد تاب توبة لو تابها فنام من الناس قبل منهم». أخبرنا العباس بن أحمد بن عبد الرحمن، وأبو العلاء إسماعيل بن عبد الرحمن، وأبو عبد الله محمد بن خازم الحنبليون قالوا: أنا أبو القاسم الحسين بن هبة الله الثعني. راد أبو العلاء

ترجمة الإمام أبي حنيفة للحافظ الذهبي

فقال: وأنا أبو محمد بن قدامة قالوا: أما أبو أمكارم عبد الواحد بن محمد بن هلال، أنا عبد الفضل عبد الكريم ابن المؤمل الكفرطابي حضوراً، ستة اثنين وتسعين وأربع مائة. أنا عبد الرحمن بن عثمان التميمي، أنا حنيفة بن سليمان القرشي بدمشق، أنا إسحاق بن سيار بنصيب، أنا عبد الله بن موسى عن أبي حنيفة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن متعة النساء.

ومن المنامات المبشرة لأبي حنيفة

قال القاسم بن عسال القاصي: ثنا أبي ثنا أبو نعيم، قال: دخلت على الحسن بن صالح يوم موت أخيه فرأيتَه يستطعم شيئاً من رجل ويضحك، فقلت: تدفن أخاك علياً عدوة وتضحك آخر النهار! قال: ليس علي أخى من بأس. قلت: وكيف ذاك؟ قال: دخلت عليه فقلت: كيف تجدك؟ قال: مع الدين أنعم الله عليهم من النبيين والصديقين [وحسن أولئك رفيقاً] فتوهمته يتنو الآية، ثم قلت: يا أخي: كيف تجدك؟ قال: مع الذين أنعم الله عليهم وأعاد الآية، فقلت: أنقرا أم ترى شيئاً؟ قال: أفلا ترى ما أرى؟ قلت: لا، [فماذا ترى؟] قال: بلى ورفع يده فقال: [هذا] نبي الله محمد ﷺ يضحك إلي ويبشرني بالجنة وهؤلاء الملائكة معه [كذلك] بأيديهم حلل السندس والإستبرق وهؤلاء الحور العين متحليات مترينات ينتظرون متى أصير إليهن. فتكلم بهذا وقصى رحمة الله عليه، فلماذا أحزن عليه وقد صار إلى نعيم؟ قال أبو نعيم: فلما كان بعد أيام صرت إلى الحسن بن صالح فقال [إني حين رأيته] يا أبا نعيم علمت أنني رأيت أخي البارحة [في سامي كأنه صار إلي] وعليه ثياب خضر فقلت [له يا أخي]: أليس قد مت قال: بلى. قلت فما هذه الثياب التي عليك؟ قال: السندس والإستبرق، ولك يا أخي عندي مثلها. قلت: ماذا فعل بك ربك؟ قال: غفر لي وبأهني بي وبأبي حنيفة ﷺ الملائكة. قلت: أبو حنيفة النعمان بن ثابت؟ قال: نعم. قلت: وأين منزله؟ قال: نحن في جوار في أعلى عليين. قال القاسم: قال أبي: فكان أبو نعيم إذا ذكر أبا حنيفة ذكر بين يديه يقول: بخ بخ في أعلى عليين!

أبو بشر الدولابي: ثنا أحمد بن القاسم البرقي، حدثني أبو علي أحمد بن محمد بن أبي رجاء، سمعت أبي يقول: رأيت محمد بن الحسن في المنام فقلت: إلام صرت؟ قال: غفر لي. قلت: ثم؟ قال: قيل لي: لم نجعل هذا العلم فيك إلا ونحن بغفر لك. قلت: فما فعل أبو يوسف؟ قال: فوقنا بدرجة. قلت: فأبو حنيفة؟ قال: في أعلى عليين.

محمد بن حماد المصيصي مولى بني هاشم حدثني إبراهيم بن واقد، ثنا المطلب بن زياد، أخبرني جعفر بن الحسن إمامنا قال: رأيت أبا حنيفة في النوم فقلت له: ما فعل الله

بك يا أبا حنيفة؟ قال: عفر لي. فنت له: بالعلم؟ قال: ما أضر الفتوى على صاحبها! قلت: بم؟ قال: بقول الناس في ما لم يعلمه مني.

محمد بن حماد أيضاً، ثنا محمد بن إبراهيم اللبني، ثنا حسين الجعفي، ثنا عماد الثمار، قال: رأيت أبا حنيفة في النوم فقلت: لأم صرت؟ قال: إلى سعة رحمته. قلت: بالعلم؟ قال: هيهات! للعلم شروط وآفات قل من ينحو. قلت: فيم ذاك؟ قال يقول الناس في ما لم أكن عليه . والله أعلم بالصواب.

ترجمة الإمام أبي يوسف

يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري
المتوفى ١٨٢ هـ

تأليف
الإمام الحافظ
أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي
المتوفى ٧٤٨ هـ

تحقيق
أحمد فريد المنزلي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العدل في قضائه، المتطول بعظمته، العلى في كبريائه. وصلى الله على محمد أشرف أنسائه. وسلم تسليمًا إلى يوم لقائه.

هذه ترجمة الإمام أبي يوسف القاضي يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبيب بن سعد بن بجبر بن معاوية الأنصاري. عرض سعد بن بجبر يوم أحد على النبي ﷺ فاستصغره. وهو سعد بن حنيفة شهد الخندق وما بعدها، وإن حنيفة هي ابنة حوات بن جبير الأنصاري، ونسب سعد في بجيلة وإنما خالف الأنصار. ومن ولده النعمان بن سعد الراوي عن علي رضي الله عنه، وأخوه حنيس بن سعد. ولد أبو يوسف سنة ثلاث عشرة ومائة بالكوفة، وكتب العلم عن طائفة من التابعين، فسمع من هشام بن عروة، ويحيى بن سعيد، والأعمش، ويريد بن أبي زياد، وعطاء بن السائب، وعبيد الله بن عمرو أبي إسحاق الشيباني، وحجاج بن أرطاة وطقتهم. وتفقه بأبي حنيفة، وهو أجل أصحابه. تفقه عليه عدد كثير، وروى عنه بشر بن الوليد، وابن سنان، ويحيى بن معين، وعلي بن الجعد، وأحمد بن حنبل، وعمرو الناقد، وأحمد بن منيع، وعلي بن مسلم الطوسي، والحسن بن أبي مالك، وهلال الرازي وإبراهيم بن الجراح، ومعلي بن منصور الثوري. وأسد بن الفرات، وعمرو بن أبي عمرو الحراني. وأجل أصحابه محمد بن الحسن. ولي قضاء بغداد لموسى الهادي ثم ولي القضاء هارون الرشيد. وعلا شأنه، وهو أول من دعي قاضي القضاة. قال مكرم القاضي: ثنا عبد الصمد بن عبيد الله، عن علي بن حرملة التيمي، عن أبي يوسف قال: كنت أطلب الحديث والفقه وأنا مقل فجاءني يومًا وأنا عند أبي حنيفة فقال: يا بني لا تُمَدَّنْ رجلك مع أبي حنيفة، فإن عجزه مشوي وأنت محتاح إلى المعاش، فأثرت طاعة أبي فتفقدني أبو حنيفة فحملت أتعاهد مجلسه. فلما أتيت دفع إلي مائة درهم وقال لي: الزم الحلقة فإذا نفدت هذه فأعلمني، ثم دفع إلي بعد مدة يسيرة مائة أخرى ثم كان يتعاهدني. وحكى أن أمه هي التي أمكرت عليه وأن أباه مات وهو صغير وأنها أسلمته عند قصار. فالحمد لله أعلم.

ثناء الأئمة على أبي يوسف

ذكر أسد بن الفرات عن محمد بن الحسن قال: مرض أبو يوسف فعاده أبو حنيفة فلهذا خرج قال: إن يموت هذا الفتى فهو أعلم من عليها وأرمأ إلى الأرض. عمن اندوزي سمعت أحمد بن حنبل يقول: أول ما كتبت الحديث اختلعت إلى أبي يوسف القاضي فكتب عنه، ثم اختلعت بعد إلى الملس. قال وكان أبو يوسف أميل إلينا من أبي حنيفة ومحمد

إبراهيم بن أبي داود الرلمسي: سمعت يحيى بن معين يقول: ما رأيت في أصحاب الرأي أثبت في الحديث ولا أحفظ ولا أصح رواية من أبي يوسف. وأبو حنيفة صدوق غير أن في حديثه ما في حديث المشايخ - يعني من العلط - عباس الدوري، سمع ابن معين يقول: أبو يوسف صاحب حديث صاحب سنة. محمد بن سماعة، عن يحيى بن خالد قال: قدم علينا أبو يوسف وأقل ما فيه الفقه، وقد ملأ بفقهاء ما بين الحائقيين. بشر بن الوليد سمعت أبا يوسف يقول: سألت الأعمش عن مسألة فأجبتني عنها، فقال لي: من أين قلت هذا؟ قلت: لحديث حدثنا أنت. فقال: يا يعقوب إني لأحفظ هذا الحديث قبل أن يجمع أبواك فما عرفت تأويله إلا الآن.

ابن الثلجي، سمعت عبد الله بن داود الخريبي يقول: كان أبو يوسف قد اطلع على الفقه أو العلم اطلاعاً يساو له كيف يشاء.

عمرو بن محمد الناقد قال: ما أحب أروى عن أحد من أصحاب الرأي إلا عن أبي يوسف فإنه كان صاحب سنة. يحيى بن يحيى اليسابوري سمعت أبا يوسف يقول عند وفاته: كل ما أفنيت به فقد رجعت عنه إلا ما وافق الكتاب والسنة.

حبيل سمع أحمد بن حبيل يقول: أبو يوسف كان منصفاً في الحديث. قال الفلاس: أبو يوسف صدوق كثير الغلط إبراهيم بن إسحاق الزهري، ثنا بشر المريسي، سمعت أبا يوسف يقول: صحبت أبا حنيفة سبع عشرة سنة، ثم رنعت في الدنيا سبع عشرة سنة وإني أظن أن أجلي قد قرب فما عبر يسير حتى مات. ابن كاس، ثنا أحمد بن عمار بن أبي مالك، سمعت أبي يقول: لم يكن في أصحاب أبي حنيفة مثل أبي يوسف علماً وفقهاً ومعرفة، ولولاه لم يذكر أبو حنيفة ولا ابن أبي ليلى لكنه بشر علمهما. أبو حازم القاسمي، عن بكر العمري، عن هلال الرأي قال: كان أبو يوسف يحفظ التفسير والمعاري وأيام العرب، وكان أحد علومه الفقه. قال المزني: كان أبو يوسف أتبعهم للحديث.

أحمد بن عطية، سمعت محمد بن سماعة يقول: كان أبو يوسف يصلي بعد ما ولي القضاء كل يوم مائتي ركعة.

عباس، سمعت يحيى بن معين يقول: كان أبو يوسف يحب أصحاب الحديث ويميل إليهم. عبد الله بن علي المديني، سمعت أبي يقول: كنا نأتي أبا يوسف لما قدم البصرة سنة ثمانين ومائة فكان يحدث بعشرة أحاديث وعشرة رأي وأراه قال: ما أجد عن أبي يوسف إلا حديثه عن هشام بن عروة في الحجر وكان صدوقاً.

ومن شمائله

الطحاوي، ما بكار من قبية، سمعت أبا الوليد الطيالسي يقول: لما قدم أبو يوسف البصرة مع الرشيد اجتمع أصحاب الرأي وأصحاب الحديث على باب، فطلب كل فريق منهم الدخول إليه أولاً، فأشرف عليهم فلم يأذن لفريق منهم وقال: أما من الفريقين جميعاً ولا أقدم فرقة على فرقة، ولكي أسأل الفريقين عن مسألة فأبهم أصابوا دحلياً، ثم قال رجل مصغ خاتمي هذا حتى هشمه ما لي عليه؟ فاختلف أصحاب الحديث فلم يعجبه قولهم وقال فقيه: عليه فيسته مصوغاً ويأخذ القصة المهشومة إلا أن يشاء رب الخاتم أن يمسكه لنفسه ولا شيء على هشمه. فقال أبو يوسف: يدخل أصحاب هذا القول ودخلت معهم فسأله المستملي فأملى حديثاً عن الحسن بن صالح وقال: ما أخاف على رجل من شيء خوفي عليه من كلامه في الحسن بن صالح، فوقع لي أنه أراد شعة فقلت وقلت: لا أجلس في مجلس يعرض فيه بأبي بسطام، ثم خرجت فرجعت إلى نفسي فقلت: هذا قاصي الأفاق، ووزير أمير المؤمنين وزميله في حجه وما يصره غصني! فرجعت فجلست حتى فرغ المجلس فأقبل عليّ إقبال رجل ما كان له هم عيري فقال: يا هشام - وإذا هو يعني لأني كنت عنده ببغداد - والله ما أردت بأبي بسطام سوءاً وهو في قلبي أكر منه لي قلبك فيما أرى ولكن لا أعلم أنني رأيت رجلاً مثل الحسن بن صالح. قال بكار: فذكرت هذا لجلال بن يحيى فقال: أما والله الذي أجبت أبا يوسف عن الخاتم.

ابن الثلجي، سمعت الحسن بن أبي مالك يقول: قال أبو يوسف: لو استطعت أن أشاطركم ما في قلبي من العلم لفعلت. وسمعت يقول: مرضت مرضاً نسيت فيه كل ما كنت أحفظه حتى القرآن، ولم أسأل الفقه لأن علمي بما سوى الفقه علم حفظ وعلمي بالفقه علم هداية كرجل غاب عن بلده مدة ثم قدم أفتراه يغيب عن طريق منزله؟ عن هلال الرأي سمعت أبا يوسف يقول: محاشنة الولاة ذل ومحاشنة انقضاء فقر. وسمعت يقول في كتاب الصك - يعني الأسحال - ونحوه: لا أفل من عشرة شهود، أثنان يمتنان، وأثنان يغيبان، وأثنان لا يؤديان، وأثنان يشتان، وأثنان يروران. محمد بن شعاع سمعت الحسن بن أبي مالك سمعت أبا يوسف يقول: القرآن كلام الله ومن قال: كيف ولم؟ وتعاطى مرأً ومجادلة استوجب الحيس والصرب المرح. وسمعت يقول: لا يفلح من استحل شيئاً من الكلام. وسمعت يقول: لا يصلي خلف من قال القرآن مخلوق.

إبراهيم بن الخراج سعت أبا يوسف يقول: كان أبو العباس يعي اسمع قد اشخص العلماء فكما سمع تلك الأيام.

على بن الجعد، سعت أبا يوسف يقول: من قال إيماني كإيمان جبريل فهو صاحب بدعة. أحمد بن أبي عمران الفقيه، حدثني فرج مولى أبي يوسف قال: رأيت مولاي أبا يوسف إذا دخل في القنوت للوتر رفع يديه في الدعاء، إن كان فرج ثقة.

أبو خازم القاسي: ثنا الحسن بن موسى قاضي همدان، ثنا بشر بن الوليد قال: كان أبو يوسف إذا ذكر محمد بن الحسن قال: أي سيف هو غير أن فيه صداً وهو يحتاج إلى جلاء؛ وإذا ذكر الحسن بن زياد قال: هو عندي كالصيدلاني إذا سأله رجل أن يعطيه ما يطلق بطنه أعطاه ما بمسكه؛ وإذا ذكر بشرًا يقول: هو كإبرة الرفاء طربها دقبق وهي سريعة الانكسار؛ وإذا ذكر الحسن بن أبي مالك قال: هو كحمل حمل حملاً في يوم مضير فيذهب مرة هكذا ومرة هكذا ثم يسلم.

الطحاوي، ثنا ابن أبي عمران، ثنا محمد بن سماعة، عن أبي يوسف قال: قدم عيسى ربيعة بن أبي عبد الرحمن فأتته فقلت: ما تقول في عبد بين رجلين أعتقه أحدهما؟ فقال: العتق باطل. قلت: فإن أعتق الآخر ينفي على قولك أن يكون أيضاً باطلاً فإذا كان عتق موليه لا يجوز فمن يجوز عتقه فيه!

أبو بكر الخفاف، حدثني أبي، ثنا الحسن بن زياد قال: كما يومًا بياب أبي يوسف إذ أقبل من دار الرشيد يتسم فقال: حدثت مسألة في دار أمير المؤمنين وهي أن قاضيًا بأرمية اختصم إليه جارتان في جرتين وقد استقتا ماء فوضعتا الجرتين لتستريحا فسقطت جرة على الأخرى فانكسرتا فاختصمتا إلى القاضي فقالت كل واحدة منهما: سقطت جرة هذه على جرتي وكسرتها. فحمل القاضي ينظر إليهما لا يعرف المدعي منهما من المدعى عليه، فقال للقيم: أخرهما! ثم صاحتا وأويختا! فقال للقيم: اذهب فاشتر لهما جرتين وأرض كلاً منهما. فلما كان العشي قال لرجل كان يأنس به: ماذا يقول الناس ويخوضون فيه من أمرنا؟ قال يقولون: إن القاضي لم يحسن أن يحكم في جرتين حتى عرهما! فقال: سبحان الله أفلا يرضون مني أن أحكم فيما أحسن وأعزم فيما لا أحسن؟! قال أبو يوسف: فقلت يا أمير المؤمنين هذا رجل عاقل فرد في أرزاقه فلغرامات ألف درهم في كل شهر. فقلنا لأبي يوسف: كيف جواب هذه المسألة؟ قال: إن كانا وضعتا الجرتين في مستراح للمسلمين فكل واحدة منهما جاعلة جرتها في حقها غير جادة على صاحبها وعلى كل واحدة منهما قيمة جرة صاحبها، وإن كانت إحداها في

مستراح والأخرى في غير مستراح قالت في غير المستراح جارية على صاحبها.

بشر بن الوليد سمعت أبا يوسف يقول: من طلب المال بالكيمياء أبلس، ومن طلب العلم بالكلام تزندق، ومن طلب غريب الحديث كذب.

محمد بن سعد إني سمعت أبا سليمان الخوزجاني، سمعت أبا يوسف يقول: دخلت على الرشيد وفي يده درتان بقلبيهما فقال: يا يعقوب هل رأيت أحسن من هاتين؟ قلت نعم. قال: وما هو؟ قلت: الوعاء الذي هما فيه. قال فرمى بهما إلي وقال: شأنك بهما. فأخذهما وفمت.

الطحاوي: نا ابن أبي عمران، نا محمد بن شعاع سمعت الحسن بن أبي مالك، سمعت أبا يوسف في مرضه يقول: والله ما زينت قط ولا جُرت في حكم ولا أخاف من شيء إلا من شيء كان مني: كنت أخذ القصص فأقرأها على الرشيد ثم أوقع لأصحابها بحضرته فأخذت قصة لصراني في ضيعة بيد الرشيد يزعم أنه غصه إياها فدعوت النصراني وقرأت قصته على الرشيد، فقال: هذه الضيعة لنا ورثاها عن المنصور. فقلت للنصراني: قد سمعت أدلك بينة؟ قال: لا ولكن حلفه. فقلت: الخلف يا أمير المؤمنين؟ قال: نعم فحلف وذهب النصراني، فأخاف من تركي أن أقعد النصراني مع أمر المؤمنين مجلس الخصم.

علي بن الجعد، سمعت أبا يوسف وسأله رجل فقال: يذكرون تجير شهادة من يقول إن الله لا يعلم ما يكون حتى يكون؟ قال: ويحك! هذا إن تاب وإلا قتلته. بشر بن الوليد سمعت أبا يوسف يقول في مرضه: اللهم إني لم أطأ فرحاً حراماً وإني لم أكل درهماً حراماً وأنا أعلم.

ابن كاس: ثنا أبو عمرو القزويني، ثنا القاسم بن الحكم العربي، سمعت أبا يوسف عند موته يقول: ليتني مت على ما كنت عليه من الفقه، وإني والله دخلت في القضاء ولم أنعم جوراً ولا رفعت خصماً على خصم من سلطان ولا سوقة. الطحاوي، ثنا أحمد بن أبي عمران، ثنا داود بن وهب، حدثني عبد الرحمن القواس -وقيل لم يكن بغداد أصلاً منه- قال: قال لي معروف الكرخي: إن توفي أبو يوسف فأعلمني، فمضيت فإذا أنا بجنازة أبي يوسف فمضيت معها وقلت إن رجعت إلي معروف فاتني الجنازة ولم يدركها هو، فلما انصرفت أثبته وقلت: لو رجعت إليك لم تدركها، فاعثم! فقلت: ما يعمك؟ قال: إني رأيت في ليلتي هذه كأنني أدخلت الجنة فرأيت فصراً فقلت: لس هذا؟ قال: ليعقوب القاضي. قلت: بأي شيء استحق هذا؟ قال: بتعليمه العلم وبكثرة وقية الناس

ترجمة الإمام أبي يوسف للحافظ الذهبي

فيه. قال عبد الله بن أحمد بن حنبل: سمعت أبي يقول: كان في أبي يوسف رحمه الله ثلثة فكان يحدثنا فيقول: ثنا مطيع بن طريف الحاشبي أي مطرف بن طريف الحارثي. قال أن حسان الريادي: كان أبو يوسف فاصي الرشيد فاستخلف ولده يوسف وكان يقضي معه. فلما مات أبو يوسف أقر الرشيد ابنه على القضاء إلى أن مات يوسف.

الحسن بن حماد سجادة، سمعت يوسف بن أبي يوسف يقول: وليت القضاء وولي أبي من قبلي فكانت ولايتنا القضاء ثلاثين سنة ما بلبا أن نقضي بين جد وأخ.

قال ابن عدي وذكر أبا يوسف فقال: لا بأس به. وقال أبو حاتم الرازي: يكتب حديثه. وقال أبو عبد الله البخاري تركوه. وقال أبو حفص الفلاس: صدوق كثير الغلط. قلت: ولقاضي الفضاة أبي يوسف رحمه الله رضي الله عنه أخبار في السؤدد والكرم والمروءة والجاه العريض والحرمة التامة في العلم والفصل، وأخبار في الخط عليه بعضها ليس بصحيح أوردها العقيلي وابن ثابت في تاريخ بغداد وغيرهما.

قال علي ابن سلمة اللقي: سمعت يحيى بن يحيى يقول: دخلنا على أبي يوسف وهو مريض بخرجان فقال: اشهدوا أبي قد رجعت عن كل ما أفتيت به الناس إلا ما في القرآن. واجتمع عليه المسلمون.

قال بشر ابن الوليد: توفي أبو يوسف رحمه الله يوم الخميس لخمس خلون من ربيع الأول سنة اثنتين وثمانين ومائة. وقال غيره: في ربيع الآخر ببغداد وله تسع وستون سنة.

يعقوب بن شبة، سمعت شعاع بن مخلد يقول: حضرنا جنازة أبي يوسف فقال عباد بن اعوام: ينبغي لأهل الإسلام أن يعزي بعضهم بعضاً بأبي يوسف. ومن حديثه ما أخرنا به أحمد بن إسحاق الأبرقوهي ستة خمس وتسعين وستمائة، أنا المبارك بن أبي الجود، أنا أحمد بن الطلاية، أنا أبو القاسم الأماطي، أنا أبو طاهر المخلص، ثنا أبو حامد الحصري، ثنا إسحاق بن أبي إسرائيل، أنا أبو يوسف، أنا أبو حنيفة، عن علقمة بن مرثد، عن سليمان بن بريدة عن أبيه: أن قوم ماعز سألوا رسول الله ﷺ واستأذنه في دفنه والصلاة عليه فأذن لهم. أخرنا عبد العزيز بن محمد بن هبة الله العقيلي الحنفي، أنا يوسف بن خليل، أنا عبد الخالق بن الصابوني، وعبد الرحمن بن نصر الله البيع، قالوا أن قراتكين بن أسعد، أنا أبو محمد الجوهري، أنا القاضي أبو بكر الأهرلي، ثنا أبو عروبة الحارثي، ثنا جدي عمرو بن أبي عمرو، ثنا أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، ثنا عبيد الله بن عمرو، عن نافع، عن ابن عمر قال: لو وجدت إلا مذاً لاغتسلت. وبالإسناد، ثنا أبو يوسف، ثنا أبو حيمة عن عطاء بن أبي رباح، عن ابن عباس أنه قال: لا وصوء في القفلة.

أخبرنا أبو المصنم بن علان، والمؤمل بن محمد، ويوسف بن يعقوب كتابة قالوا: ثنا
 زيد بن الحسن المقرئ، أبا عبد الرحمن بن رزيق الشيباني، أنا أحمد بن علي الحافظ، أنا
 أبو عمر بن مهدي، ثنا محمد بن مخلد، ثنا عبدوس بن بشر الرازي، ثنا أبو يوسف
 القاضي، ثنا أبو حنيفة، عن مافع عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: «من أتى الجمعة
 فليغتسل». أخبرنا إسماعيل بن عبد الرحمن، أنا أبو القاسم بن مصيري، أنا علي بن سرور
 الخشاب، أنا الحسن بن أحمد بن محمد بن أبي الحديد سنة ثمانين وأربعمائة، أنا المسدد بن
 علي الأملوكي، ثنا إسماعيل بن القاسم الحلبي بحمص سنة سبعين وثلاثمائة، ثنا يحيى بن
 علي بن هاشم الكندي، ثنا جدي لأمي وهو محمد بن إبراهيم بن أبي سكين الحلبي، ثنا
 أبو يوسف عن إسماعيل بن أبي خالد، عن قيس، عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ:
 «لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالا فسلطه علىهلكته في الحق، ورجل آتاه الله
 علماً فعلمه وقضى به» والحمد لله رب العالمين.

ترجمة
الإمام محمد بن الحسن الشيباني
المتوفى ١٨٩ هـ

تأليف
الإمام الحافظ
أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي
المتوفى ٧٤٨ هـ

تحقيق
أحمد فريد الزبيدي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

هذه ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني. هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني مولاهم. وقيل محمد بن الحسن بن عبيد الله بن مروان كان والده من أهل حرث - قرية مشهورة بظاهر دمشق - فقدم العراق في آخر بني أمية، فولد له محمد بواسطة اثنين وثلاثين ومائة، فحمله إلى الكوفة فسأها، وكتب شيئاً من العلم عن أبي حنيفة، ثم لازم أبا يوسف من بعده حتى برع في الفقه، وسمع أيضاً من مسعر بن كدام، ومالك بن مغول، وعمر بن ذر الهمداني، وسفيان الثوري، والأوراعي، ومالك بن أنس ولأرم مالكا مدة، وانتهت إليه رئاسة الفقه بالعراق بعد أبي يوسف. وتفقه به أئمة وصنف التصانيف، وكان من أذكاء العالم. ولي قضاء القضاة للرشيد، ونال من الجاه والحشمة ما لا مزيد عليه. روى عنه الشافعي، وأبو عبيد القاسم بن سلام، وهشام بن عبيد الله الرازي، وعلي بن مسلم الطوسي، وعمرو بن أبي عمرو، ويحيى بن معين، ومحمد بن سنان، ويحيى بن صالح الوحاظي وآخرون. قال محمد بن سعد: أصله من الحزيرة، وسكن أبوه الشام، ثم قدم واسط فولد له محمد بواسطة. وسمع كثيراً، وبطر في الرأي فغلب عليه، نزل بغداد واختلف إليه الناس وسمعوا منه.

أحمد بن عطية، سمعت أبا عبيد يقول: ما رأيت أعلم بكتاب الله من محمد بن الحسن.

الربيع بن سليمان، سمعت الشافعي يقول: لو أشاء أن أقول نزل القرآن بلغة محمد ابن الحسن لقلته لفصاحته.

أبو بكر بن المنذر، سمعت المروزي يقول: سمعت الشافعي يقول: ما رأيت سمياً أحف روحاً من محمد بن الحسن وما رأيت أفصح منه كنت إذا رأيته يقرأ كأن القرآن نزل بلغه.

إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة قال: قال محمد بن الحسن: بلغني أن داود الطائفي كان يسأل عني وعن حالي فإذا أخبر قل إن عاش فسيكون له شأن.
إدريس بن يوسف القراطيسي سمعت الشافعي يقول: ما رأيت أعلم بكتاب الله من محمد كأنه عليه نزل.

الطحاوي سمعت أحمد بن أبي داود المكي، سمعت حرملة بن يحيى، سمعت الشافعي يقول: ما سمعت أحداً قط كان إذا تكلم رأيت أن القرآن نزل بلغته غير محمد بن الحسن وقد كتبت عنه حمل بختي.

٤٦ ————— ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني للحافظ الذهبي

محمد بن إسماعيل الرقي نا الربيع، نا الشافعي قال: حملت عن محمد بن الحسن حملاً بحيثي كنّا وما باطرت أحداً إلا تغير وجهه ما خلا محمد بن الحسن بن أبي حاتم. نا الربيع سمعت الشافعي يقول: حملت عن محمد بن الحسن حمل بحيثي ليس عليه إلا سماعي. أحمد بن أبي سريح الرلزي، سمعت الشافعي يقول: أنفقت على كتب محمد بن الحسن ستين ديناراً ثم ندبرتها فوضعت إلى جنب كل مسألة حديثاً. وعن الشافعي قال: ما باطرت شيئاً أدكى من محمد بن الحسن وقد ناظرته مرة فجعلت أوداجه تسفح وأرراره تنقطع. عباس بن محمد سمعت ابن معين يقول: كتبت عن محمد بن الحسن «الجامع الصغير».

أبو حازم لقاضي، نا بكر العمي، سمعت محمد بن سماعه يقول: كان محمد بن الحسن قد انقطع قلبه من فكره في الفقه حتى كان الرجل يسلم عليه فدعو له محمد بريدته الرجل في السلام يردد عليه ذلك الدعاء بعينه الذي ليس من جواب الزيارة في شيء الطحاوي نا محمد بن شاذان، سمعت الأحفش الحوي يقول: ما وضع شيء لشيء قط يوافق ذلك إلا كتاب محمد بن الحسن في الإيمان فإنه وافق كلام الناس. محمد بن سماعه قال: كان محمد بن الحسن كثيراً ما يتمثل بهذا البيت

محسّدون وشـر الناس مـزلة من عاش في الناس يوماً غير محسود

يوس بن عبد الأعلى سمعت الشافعي يقول: قلت لمحمد بن الحسن تقول: ما كان لصاحبك أن يتكلم ولا لصاحبي أن يسكت أشدك بالله: هل تعلم أن صاحبي كان عالماً بكتاب الله؟ قال: نعم. قلت: فهل كان عالماً بحديث رسول الله ﷺ؟ قال: نعم. قلت: فهل كان عاقلاً؟ قال: نعم. قلت: فهل كان صاحبك جاهلاً بكتاب الله؟ قال: نعم. وبما جاء عن رسول الله؟ قال: نعم قلت: أفكان عاقلاً؟ قال: نعم. قلت لصاحبي: ثلاث خصال لا يستقيم لأحد أن يكون قاصياً إلا بهن، أو كلاماً هذا معاه.

إبراهيم بن أبي داود الرلزي، سمعت يحيى بن صالح الوحاظي يقول: حجت مع محمد بن الحسن فقلت له حدثني بكتابك في كذا من الفقه فقال: ما أشط له. فقلت أنا أقرؤه عليك، فقال لي أيهما أخف عندك عليّ قراءتي عليك أو قراءتك عليّ قلت قراءتي عليك قال: لا بل قراءتي أخف لأنني إن شاء الله عملت فيها بصري ولساني، وقراءتك أستعمل فيها بصري وذمّي وسعي.

سليمان بن شعيب الكيساني، ثنا أبي، سمعت محمد بن الحسن قال: إذا اختلف في مسألة فحرم نفيه وأحل آخر وكلامهما يسعه أن يجتهد فانصوب عند الله واحد حلال أو حرام ولا يكون عنده حلال وحرام وهو شيء واحد فأما أن يقول قاتل قد أحل فيه

ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني للحافظ الذهبي ————— ٤٣

وحرم فيه في مرج واحد وكلاما صواب عند الله فهذا ما لا ينبغي أن يتكلم به ويحس الصواب عند الله واحد وقد أدى القوم ما كلموا به حين اجتهدوا ووسعهم ما عدوا وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا.

أحمد بن أبي عمران سمعت محمد بن شعاع يقول عن أبي حمزة عن محمد بن الحسن: ما وضع في الإسلام كتاب في الفقه مثل جامع محمد بن الحسن الكبير. محمد بن عبد الله بن عبد الحكم وعبره ثنا الشافعي قال قال محمد بن الحسن: أقمت على [باب] مالك ثلاث سنين وسعت منه لفظاً سعمائة حديث وبقاً ثم قال الشافعي كان محمد بن الحسن إذا حدثهم عن مالك امتلاً سرله وكثروا حتى يصيقهم الموضع وإذا حدث عن غير مالك لم يأت إلا البسير فكان يقول ما أعلم أحداً أسوأ ثناءً على أصحابه منكم إذا حدثتكم عن [مالك] ملائم عني الموضع وإذا حدثتكم عن أصحابكم إنما تأتون متكارهين.

الطحاوي سمعت أحمد بن أبي عمران يقول: قال محمد بن سماعة: سمعت محمد بن الحسن يقول: هذا الكتاب - يعني كتاب الخلل - ليس من كتبنا إنما ألقى فيها. قال ابن أبي عمران إنما وضعه إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة. الطحاوي ما يونس بن عبد الأعلى قال: قال الشافعي: كان محمد بن الحسن إذا قعد للمناظرة للفقه أعد معه رجلاً حكماً بينه وبين من يناظره فيقول لهذا زدت ولهذا نقصت فليل: كان ذلك الرجل عيسى بن مروان.

موسى بن نصير، عن هشام بن عبيد الله الرازي، قال: خرجنا مع محمد بن الحسن من المدينة فلما أتى ذا الحليفة نزلنا معه وذلك قبل الظهر فتحنى عنا أظنه لوضوئه وعسله ثم لبس إزاراً ورداءً وحضرت الظهر فمشى ومشينا معه حتى أتى مسجدنا فصلى بنا الظهر ركعتين ولى وليتنا معه وقرن بين الحج والعمرة ثم مضى إلى رحله وهو يلي وكان قد ساق هديه من المدينة، فلما أحرم ولى أمر الجمال فأشعر هديه وهي بدنة بسكين ومحمد قائم ينظر إليه حتى أشعرها من الخائب الأيسر فوق الكنف في أصل مقدم السنام أسفل السنام حتى أظهر الدم وجللها، إبراهيم الحربي سألت أحمد بن حنبل وقلت: هذه المسائل الدقيقة من أين لك؟ قال: من كتب محمد بن الحسن.

أبو عروبة حدثني عمرو بن أبي عمرو قال محمد بن الحسن: خلف أبي ثلثين ألف درهم فأفقت خمسة عشر ألفاً على النحر والشعر، وخمسة عشر ألفاً على الحديث والفقه.

ابن سماعة قال محمد بن الحسن لأهله لا تسألوني حاجة من حوائج الدنيا فتشعروا نفسي وخدوا ما تحتاجون إليه من وكيلي فإنه أفرغ قلبي وأقل لهمي.
ابن كاس النخعي، ثنا أحمد بن حماد بن سفيان، ثنا الربع بن سليمان، سمعت الشافعي يقول: ما رأيت أعقل ولا أفه ولا أزهد ولا أروع ولا أحسن نطقاً وإبراً من محمد بن الحسن. قلت: لم يرو هذا عن الربيع إلا أحمد بن حماد وهو قول مكر.

ذكر توليته قضاء الرقة

أبو حازم القاضي، عن بكر بن محمد العمي، عن محمد بن سماعة قال: كان سب محالطة محمد بن الحسن السلطان أن أبا يوسف القاضي شوور في رجل يولى قضاء الرقة فقال لهم ما أعرف لكم رجلاً يصلح غير محمد بن الحسن فإن شئتم فاطلبوه من الكوفة قال فأشخصوه. فلما قدم جاء إلى أبي يوسف فقال: لماذا أشخصت؟ قال: شاوروني في قاض للرقة فأشرت بك وأردت بذلك معنى أن الله قد بث علمنا هنا بالكوفة والبصرة وجميع المشرق فأحست أن تكون هذه الساجية ليث الله علمنا بك بها وبما بعدها من الشمامسة. فقال: سبحان الله! أما كان لي في نفسي من المرلة ما أخبر بالمعنى الذي من أجله أشخص! فقال: هم أشخصوك. ثم أمره بالركوب فركبا ودخلا على يحيى بن خالد بن برمك فقال يحيى: هذا محمد فشأكم به فسم يزل يخوف محمداً حتى ولي قضاء الرقة وكان ذلك سبب فساد الحال بين أبي يوسف ومحمد بن الحسن.

قال الطحاوي: سمعت أحمد بن أبي عمران يقول: سمعت الطبري يقول: قال لي حميد أبو العباس وكان من كبار أصحاب محمد بن الحسن: كانت الحلقة في المسجد يوم الجمعة ببعداء لبشر بن الوليد، فلم يزل كذلك ونحن نجالسه [فيها] حتى قدم محمد بن الحسن [علينا] فأتياه فكنا نتعلم منه مسائله هذه ثم تأتي بشر بن الوليد فسأله عنها فتؤديه بذلك فلما كثر ذلك عليه ترك لنا الحلقة.

قال ابن أبي عمران: فسمعت محمد بن الحسن بن أبي مالك يقول: رأيت بشر بن الوليد عند أبي قال من محمد بن الحسن فقال له أبي: لا تفعل يا أبا الوليد! ثم قال له هذا محمد قد صار له في يد الناس ما صار من هذه الكتب فرصى منك أن تتولى لنا وضع سؤال مسألة وقد أعماك الله من جوابها.

وعن الحسن بن أبي مالك وذكر مسائل محمد بن الحسن فقال: لم يكن أبو يوسف يوفق هذا التدقيق الشديد.

الطحاوي، نا محمد بن الحسن بن مرداس، سمعت محمد بن شجاع يقول: مثل

ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني للحافظ الذهبي ٤٥

محمد بن الحسن بن الجامع الكبير كرجل بن داراً فكان كلما على بن مرقاة يرقى منها إلى ما علاه من الدار حتى استتم بناءها كذلك ثم برل عنها وهدم مراقبها ثم قال لباس شأنكم واصعدوا

الطحاوي نا أبي محمد بن سلامة، سمعت محمد بن علي بن محمد بن شداد سمعت أبي قدمت الرقة ومحمد بن الحسن فاص عليها فأتيت بابها فاستأذنت عليه فحجت عنه فانصرفت وأقمت بالرقة مدة لا آتية، فبينا أنا في يوم في الطريق إذا به على دابته بيعة القضاء. فلما رأي أفل علي واستطاني ووكل بي من بصيرني إلى الدار فلما جلس أدخلت عليه فعلى لي: ما الذي خلعتك عني فقد بلغني أنك ههنا؟ قلت: أتيتك فحجت مساء ذلك وقال: من ححك؟! فطنت أنه يريد عقوبة الحاجب فلم أخبره به. فقال لي: فإذا لم تفعل أحبهم كلهم ودعاهم وقال: لا يد لك على أبي محمد في حجه عني. ثم كنت آتية حتى أصل إلى الستر فأتتحمج وأسلم فيقول أدخل. أباي المسلم بن محمد القيسي وغيره، أن أبا اليس اللعوي، أخبرهم أن عيد الرحمن بن محمد، أنا أحمد بن علي الحافظ، أنا ابن ررقويه، أنا ابن السماك، أنا محمد بن إسماعيل الثمار، حدثني أحمد بن خالد، سمعت المقدمي بالنصرة قال الشافعي: لم يزل محمد بن الحسن عندي عطيماً أنفقت على كتبه ستين ديناراً حتى جمعني وإياه مجلس هارون فقال: يا أمير المؤمنين إن أهل المدينة خالفوا كتاب الله وأحكام رسول الله ﷺ وإجماع المسلمين. فأخذني ما قدم وما حدث فقلت: أراك قد قصدت أهل بيت النبوة وقبر رسول الله ﷺ بين أظهرهم عمدت شحوهم.

حنبل بن إسحاق، سمعت أحمد بن حنبل يقول: كان أبو يوسف مصقاً في الحديث، فأما أبو حنيفة ومحمد بن الحسن فكانا مخالفين للأثر وقال الدارقطني لا يستحق محمد عندي الترك. وقال النسائي حديثه ضعيف. وأما الشافعي رحمه الله فاحتج بمحمد بن الحسن في الحديث.

أخبرنا علي بن أحمد الحافظ وغيره قالوا: أنا الحسين بن أبي بكر الحسلي. ح وأما أحمد بن عبد السعم القزويني، أنا محمد بن سعيد الصوفي، أنا طاهر بن محمد المقدسي، أنا مكِّي بن منصور، أنا أحمد بن الحسن القاسبي، أنا محمد بن يعقوب، أنا الربيع بن سليمان، أنا محمد بن إدريس الشافعي، أنا محمد بن الحسن، أنا قيس بن الربيع عن أبيه بن ثعلب عن الحسن بن ميمون عن عبد الله بن عبد الله مولى بني هاشم عن أبي الجنوب الأسدي قال قال علي عليه السلام: من كان له ذمتنا فدمه كدمنا ودينه كديننا. ويحكى عن محمد بن الحسن دكاء مفروط وعقل تام وسؤدد وكثرة تلاوة.

٤٦ ————— ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني للحافظ الذهبي

قال الطحاوي: سمعت أحمد بن أبي عمران يحكي عن بعض أصحاب محمد بن الحسن أن محمداً كان حزيناً في كل يوم وليلة ثلث القرآن. قال أبو مخازم القاسمي سمعت بكراً العمي يقول: إنا أخذ ابن سماعة وعيسى بن أبيان الصلاة من محمد بن الحسن.

يونس بن عبد الأعلى، ثنا علي بن معص، حدثني الرجل الرازي الذي مات محمد بن الحسن في بيته قال: حضرت محمداً وهو يموت هكياً. فقلت له: أتبكي مع العلم؟ فقال لي: أرايت إن أوفقني الله تعالى فقال ما أقدمك إلي الجهاد في سبيلي أم ابتغاء مرضاتي ماذا أقول؟ ثم مات رحمه الله.

قال أبو حارم عبد الحميد القاسمي: لما دفن الرشيد محمد بن الحسن والكسائي - يعني بالري - أنشأ يقول:

أسفت على قاضي القضاة محمد	وأذريت دمعسي والفسؤاد عميد
وأقلقني موت الكسائي بعده	وكسادت بي الأرض القضاة تميد
هما عالمانا أوديا فتخرما	فما هما في العالمين بديد

وقال السيرافي هذه الأبيات ليحيى اليزيدي. وأولها:

تصرمت الدنيا فليس خلود	وما قد ترى من هجة ستيد
لكل امرئ كأس من الموت مترع	وما إن لنا إلا عليه ورود
ألم تمر شيئاً شاملاً يسلم البلي	وأن الشباب الفاض ليس يعود
سبائك ما أفنى القرون التي خلت	فكن مستعداً فالقضاء عتيد

والحمد لله أولاً وآخراً.

الفروق في الفروع

في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان

رضي الله تعالى عنه

تأليف

الإمام أبي المظفر أسعد بن محمد بن الحسين

الكرابيسي النيسابوري الحنفي

المتوفى ٥٢٠ هـ

تحقيق

أحمد فرید المنزیدی

الحمد لله الذي جعلنا من خلقه

والسفر اذ لم يكن في الدنيا للعناق هكذا هو في
والفرق انما هو في العاقبة يتدبره وقد وجد تدبيره
اما في الطلاق والعناق فلا يحتاج الى تدبير بل خلق بقوله
فما كان منه قال ان قلنا طالق فمما خلق فلا اقل الخ
فاجازه لم يوجد منه لقول الطلاق فلم يعد ما امره

تمت بحمد الله

بوصلي الله على سيدنا محمد وآله اجمعين انصر الله
على هذا ولم يرد في الغروقة بحمد الله ويوسعها واعانة
ومشيئة الله في هذه العاشرة من شهر رجب سنة

وعشرون من جمادى والحمد لله رب العالمين

جميعا وحسن الله وتعالى الوكيل امين

غفر الله لكانه وقاينه ولم يدع له العفو

ولجميع المسلمين وصلى الله على محمد طاهر السمين

في اقل من الايام

كمال الملائكة والحمد لله رب العالمين

الحمد لله رب العالمين

الورقة الأخيرة

صورة الصفحة الأخيرة من مخطوطة دار الكتب المصرية

بسم الله الرحمن الرحيم

«رب يسر برحمتك ولا تعسر»

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله محمد المصطفى وآله وصحبه أجمعين.

قال الشيخ الإمام جمال الإسلام أبو المظفر أسعد بن محمد بن الحسن البغدادي الكرايسي رحمته الله: هذه المسائل النقطة منها من الكتب ليس فيها قياس واستحسان إلا خلاف مشهور بين أصحابنا رحمهم الله وسعت القاضي الإمام أبا العلاء صاعد بن محمد أبا الله برهانه وتقل بالخيرات ميزانه أظهر الفرقان بينها فاستحسنها، وأردت أن أفرده ليسهل حفظها، واستعنت بالله سبحانه وتعالى على إتمامها، فنعمة المعين، ونعم النصير.

كتاب الطهارة والصلاة

١- قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا خرج الدود من أحد السيلين - يتقضى الوضوء، وإن خرج من الجرح لم يتقضى^(١).

الفرق: أن الدود لا يخلو من قليل بلة تكون معها وتصحبها، وتلك البلة قليل نجاسة، وقليل النجاسة إذا خرجت من أحد السيلين يتقضى الوضوء.

وأما في الجرح فالدود لا يخلو من قليل بلة، وتلك البلة نجاسة "قليلة"، وقليل النجاسة إذا خرج من غير السيلين لم يتقضى الوضوء.

ولأن الدود حيوان، وهو طاهر في الأصل، والشئ الطاهر إذا خرج من أحد السيلين أوجب نقض الوضوء، كالريح.

وإذا خرج من غير السيلين لم يوجب نقض الوضوء، كالدمع والعرق. وفرق محمد بن شعاع: بأن الدود من الجرح يتولد من اللحم فصار كما لو انفصل قطعة من اللحم من بدنه من غير سيلان (من غير السيلين)، ولو كان كذلك لم يتقضى وضوؤه كذا هذا.

وأما في السيلين فإنه يتولد من النجاسة، وتلك النجاسة لو خرجت بانفرادها أوجبت نقض الوضوء، فكذلك ما يتولد منها إذا خرج.

٢- قال محمد بن الحسن رحمهما الله في «النوادر»: إذا نزل الدم إلى قصبة الأنف - انتقض وضوؤه^(٢).

وإذا وقع البول في قصبة الذكر لم يتقضى.

والفرق أن قصبة الأنف يلحقها حكم التطهير، بدليل أنه يجب إيصال الماء إليها في الحنابة، ويس في الوضوء، فهذه نجاسة سالت بنفسها إلى طاهر يلحقه حكم التطهير، فوجب أن يتقضى به الوضوء، كما لو زایل الدم رأس الجرح.

وليس كذلك قصبة الذكر، لأنه لا يلحقها حكم التطهير، بدليل أنه لا يعرض إيصال الماء إليه في الحنابة، ولا يس في الوضوء، فلم تصل النجاسة إلى موضوع يلحقه حكم التطهير، فلم يتقضى الوضوء به، كما لو تردد في العروق.

(١) انظر: البحر الرائق (٣٦/١)، وقاوى السعدي (٢٦/١)، والبيسوط للسرخسي (١٣٩/٢).

(٢) انظر: البحر الرائق (٣٣/١)، وحاشية ابن عابدين (١٣٤/١)، وحاشية الطحاوي على مراقي العلاج (٥٦/١)، والبيسوط (٨٣/١).

٣- وقال محمد بن الحسن رحمه الله في «المواثر إبراهيم بن رستم»: «إذا مسح به على يده بإصبع واحدة وأمرها على خفه لم يجزه حتى يعيدها في الماء ثلاث مرات، لأنه في المرة الأولى حين أراها عن موضعها فذلك ماء قد توشأ به، فجعل الماء بمراقته شامخاً مستعملاً في المسح

ولو مسح رأسه أو خفه بثلاث أصابع وأمرها إلى ربع رأسه جاز ولم يضر الماء مستعملاً. ولو أنه صب على عضو من أعضائه ونقه إلى موضع ثان جاز ولم يضر الماء بملاقاته مستعملاً سواء كان بإصبع واحدة أو بثلاث^(١).

والفرق أنه إذا مسح بإصبع واحدة فالماء الذي عليه لم يصل بنفسه إلى ربع رأسه لفاته فلا يجوز له مدها إلى ربع الرأس، ونست له حكم الاستعمال، كما لا يجوز مده الماء في الوضوء من اليد إلى الوجه والرجل.

وأما في المسح بثلاث أصابع (فإنه) بخلافه لأنه يجوز أن يصل الماء بنفسه إلى ربع رأسه بأن ينحدر الماء إليه فحاز له، أن يمرها عليه، ويمدها إليه فلا يثبت له حكم الاستعمال، كالحسب إذا صب الماء على عضو ثم مده إلى عضو آخر فإنه يجوز، كذلك هذا.

يوضح الفرق بينهما أن قلة الماء يمنع سيلانه بنفسه إلى موضع آخر ولم يكن سيلانه من مقتضى وصفه فأصعب إلى فاعله، فصار هو مستعملاً له في الموضع الثاني، كما لو استعمله في الموضع الأول، ثم لو استعمل المستعمل فإنه لا يجوز، كذلك هذا. وليس كذلك الماء في الوضوء لأن كثرة الماء أوجبت سيلانه بنفسه فكان سيلانه من مقتضى وصفه فلا يضاف إليه ولم يعط له حكم الاستعمال.

ولهذا قلنا: اتفقنا أنه لو رمى طيراً في الهواء فأصابه توقع على الأرض ومات حل. ولو وقع على سنان الرمح أو في الماء لم يحل. لأن وقوعه على الأرض من مقتضى رميه فكأنه تلف بالرمي، فيصاف موته إلى الرامي، وموته في وقوعه.

ووقعه على سنان الرمح أو في الماء ليس من موجب الرمي، فلم يصف إلى الرامي، فكأنه حصل من غير فعله، كذلك هذا.

٤- إذا مسح على الحائض ثم سقطت الحائض عن غير براء مصى على صلاته، ولا

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٣٠٦/١)، والذخر المختار (١٠٢/١).

يلزمه الإعادة.

وإن كان السقوط عن برء لزمه غسل ذلك الموضع، كما يلزمه غسل الرجلين إذا نزع الخف بعد ما مسح عليهما^(١).

وجه الفرق أنه إذا سقط عن غير برء لم يجب غسل ذلك الموضع بالحدث المتقدم على شد الجائر، فجاز له المضي على صلاته، كما لو كانت الجائر على ظهره أو بطنه. وليس كذلك إذا نزع خفيه أو سقطت الجائر عن برء، لأنه يلزمه غسله بالحدث المتقدم على السقوط، وإنما رخص له في تركه ما دام لا يسأ للخفين وما دامت الجائر على الجرح فإذا سقطت عن برء أو نزع الخف لزمه غسلهما بمعنى متقدم على الدخول في الصلاة وهو الحدث، فصار كأنه دخل في الصلاة ولم يغسل رجله مع قدرته عليه ولو كان كذلك لم تخر صلاته، كذلك هذا، وهنا كما قلنا في التيمم إذا دخل في صلاته ثم وجد الماء انتقصت طهارته، واستأنف صلاته، كذلك هذا.

٥- ولصاحب الجرح أن يمسح على الجائر وإن طال المدة.

وليس للماسح على الخفين أن يمسح أكثر من ثلاثة أيام ولياليها إذا كان مسافراً وأكثر من يوم وليلة إذا كان مقيماً.

والفرق بينهما أنا لو قلنا إنه ينتقض مسحه بمضي الوقت لعاد إلى مسح مثله، والطهارة لا تنتقض إلى طهارة مثله من غير حدث، كذلك هذا.

وليس كذلك المسح على الخفين، لأنه لو قلنا إنه ينتقض مسحه بمضي الوقت لرجع إلى الوضوء فيؤدي إلى أن ينتقض المسح إلى الغسل من غير حدث، وهذا جائز كالتميم إذا رأى الماء.

٦- كافر ميت غسل ثم أوقع في ماء ينجسه^(٢).

وإن غسل مسلم ميت ثم أوقع في ماء لم ينجسه.

والفرق أنا حكمنا بجاسة الكافر بموته ولم يوجد ما يوجب الحكم بطهارته، بدليل أنه لا تجوز الصلاة عليه، فاستوى وجود الغسل وعدمه في حقه، وليس كذلك المسلم، لأنه وجد ما يوجب الحكم بطهارته بدليل جواز الصلاة عليه، فصار كتوب نجس غسل ثم وقع في ماء فإنه لا يفسده، لأننا حكمنا بطهارته وجواز الصلاة عليه، وهذا

(١) انظر: المسوط للسرخسي (٧٤/١)، (١٣٧/٢)، والمسوط للشيخي (٢٦/١)، ونجفة اهتباء (٩١/١)، وبدائع الصنائع (١٥/١)، (٥٩).

(٢) انظر: بداية المسدي ص (٣١)، والنهاية شرح البداية (٩٣/١).

المعنى قلنا إنه لو صلى وهو حامل شهيداً على ثوبه دم حارت صلاته، لأنما حكما بطهارته، بدليل جوار الصلاة عليه، فحارت صلاته معه كذلك هذا

٧- قال في الأصل: إذا كان جنناً ولا يحد ماء، وفي المسحود عين ماء فإنه ييمم ويدخل المسحود، ثم إذا لم يقدر أن يقع في العين لصعورها ولم يكن معه ما يستغني به فإنه ييمم ويصلي به الفرض، فالتيمم الذي وقع لدخول المسحود لا يجوز أداء الصلاة به. ولو تيمم لسجدة التلاوة جاز أداء الصلاة به^(١).

والفرق أن سجدة التلاوة من جنس الصلاة لأن السجود في الحملة من أركان الصلاة، وإذا وقع التيمم لما هو من جنس الصلاة جاز أداء الصلاة به، كما لو وقع للتطوع جاز أداء الفرض به

وليس كذلك دخول المسحود، لأنه ليس من جنس الصلاة ولا هو ركن من أركانها فلم يقع التيمم لحسن الصلاة، فلا يجوز أداء الصلاة به، كما لو لم ير أصلاً لم يجز أداء الصلاة به كذلك هذا.

٨- ويؤذن المؤذن إذا كان مسافراً ركباً إن شاء، وينزل للإقامة^(٢).

والفرق أن الأذان من سنن الصلاة، والمقصود منه الإعلام، ولم يشرع موصولاً بالصلاة، والإعلام يحصل إذا كان ركباً، وسن الصلاة يجوز للمسافر أداؤها ركباً، كركعتين بعد المغرب وأربع قبل الظهر، والفصل بين الأذان والصلاة بالنزول لا يمنع جوازه، لأن الفصل بينهما مشروع، فحاز له أن يؤذن ركباً في السفر وإن كان مقيماً فسنن الصلاة لا يجوز أداؤها ركباً في المصير كذلك الأذان.

وأما الإقامة فشرعت موصولة بالصلاة، فإذا أقام ركباً أدى إلى الفصل بين الشروع في الصلاة وبين الإقامة بالنزول، والفصل بينهما غير مشروع، فلا يقيم ركباً.

٩- ولو اقتصر المسافر على الإقامة أجراه، وإن تركها كان مسيقاً^(٣).

والمقسم إذا ترك الأذان والإقامة وصلى وحده، واكتفى بأذان الناس وإقامتهم لا يكون مسيقاً.

والفرق: أن هذه سنة تقوم بها الجماعة، فإذا لم يوجد ههنا من يقوم بها توجهت

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (١/١٧٢، ٢٩٢)، والمبسوط للسرْحسي (١/١١٨)، وبدائع الصائغ (٥٠/١).

(٢) انظر المَسْوَط (١/١٣٢). وشرح فتح القدير (١/٢٤٨)، وبدائع الصائغ (١/١٥١).

(٣) انظر المَسْوَط (١/١٣٢)، وبدائع الصائغ (١/١٥٢).

عليه، كما لو وجد ميتاً وحده في المعازة فعليه دفنه، بخلاف ما لو كان معه جماعة، وكذلك إذا سلم عليه إنسان لزمه الإجابة.

وليس كذلك المقيم، لأن هذه سنة يقوم بها الجماعة، وقد وجد ههنا من يقوم بها، لأن الناس يؤذون في المساجد ويقيمون، فلا يكون هو مأموراً بها، كما لو وجد ميتاً في المصر ووجد من يواريه ويقوم بتحيزه ودمه، فإنه لا يكون بتركه أثماً كذلك هذا. وفرق آخر: أن أذان المؤذن في المصر وقع بالجماعة وإلخار الناس، لأنه أمر بأن يصلي معهم، وإذا وقع له لم يحتج إلى الإعادة، ما لو خرج إلى المسجد، ولا يقع بالجماعة أخرى، بدليل أنهم لا يؤمرون بالخروج إلى ذلك المسجد، فلا يقع لهم فأمرؤا به. وأما المسافر فأذان أهل المصر لم يقع له، بدليل أنه لا يؤمر بالعود إلى المصر ليصلي مع الناس، وإذا لم يقع له احتاج إلى فعله كالجماعة في المصر.

١٠- وإذا أذنت امرأة جاز، وهو مكروه في رواية الأصل.

ولو أذن السكران أو المجنون فأحب إلي أن يعاد^(١).

والفرق أن الأذان دعاء إلى الصلاة، وقول السكران والمجنون لا يقع به الإعلام، إذ الناس لا يعتمدون عليه ولا يمكنهما أن يأتيا به على نظمه وترتيبه، فصار كأذان الصبي الذي لا يعقل.

وأما المرأة فأذاها يقع به الإعلام، لأنها تقدر أن تأتي بالحروف على نظمها وترتيبها، ويعتمد على قولها، ألا ترى أن قولها يقبل في الشهادات وغيرها، كذلك هذا. والمستحب أن يعاد في المجنون ولا يعاد في المرأة، لأن المرأة من أهل الجماعة، بدليل أنها لو خرجت إلى الجمعة وصلت ركعتين جاز عنها فحاز أن تكون من أهل الأذان كالصبي المراهق والبالغ. وأما المجنون والسكران فليسا من أهل الجماعة لأنهما يحتمان المسجد فصارا كالصبي الصغير.

١١- ويقضي الفرائض بعد الفجر قبل طلوع الشمس وبعد العصر قبل غروب الشمس، ويصلي على الجنازة، ويسجد للتلاوة^(٢).

ولا يركع ركعتي الطواف، ولا يصلي المنذورة في هذين الوقتين.

والفرق أن وجوب الصلاة على الجنازة وقضاء الفوائض وسجدة التلاوة لا يقف

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١/١٣٨، ١٤٠).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين (٢/٣٧٤) والهداية (١/٢٥٠).

على فعله، ألا ترى أنه يسمع الآية من غيره فتلزمه سجدة التلاوة. كذلك يحصر الحارة فتلزمه الصلاة عليها، وإذا لم يكن وجوبها بفعل من جهته جاز أدائها في هذين الوقتين كمرض الوقت.

وأما ركعتا الطواف والمذورة فوجوبها بسبب من جهته، إذ لولا طوافه ومذره لما لزمه فصار كوجوبها بشروعه فيهما ولو أراد أن يشرع في صلاة متطوعاً في هذين الوقتين لمحب عليه لم يجز أدائها فيهما، كذلك هذا.

١٢- إذا افتتح التطوع حالة الطلوع والغروب والاتصاف ثم أفسدها لزمه القضاء في ظاهر الرواية^(١).

ولو شرع في صوم يوم النحر وأيام التشريق ثم أفسده لم يلزمه القضاء. والفرق أن النهي إنما ورد عن الصلاة في هذه الأوقات، والصلاة إنما هي أركان مثل القيام والركوع والسجود، فابتداء الافتتاح ليس بصلاة، فلم يوجد ما هو المهي عنه، فجار أن يلزمه.

وليس كذلك الصوم، لأن السهي ورد في صوم يوم النحر، وابتداء الصوم صوم، لأن الصوم ليس هو إلا الإمساك فوجد الفعل المهي عنه، فجار أن لا يثبت حكمه ولا يؤمر بإتمامه.

وفرق آخر، وهو أنه إنما وجد التكبير في هذه الأوقات، والتكبير ليس من الصلاة، فاعتقدت التحريم من غير نهي، فجاز أن يؤمر بقضائه عند الإفساد. وأما الصوم فابتداء الإمساك من الصوم وجزء منه، فوجد جزء منه على وجه الفساد وهو مأمور بقطعه، فإذا قطع لا يؤمر بقضائه.

ولأن التكبير قول، فقد أوجب الصلاة بقوله، فصار كإيجابه بالمذور. والشروع في الصوم فعل من أفعاله، فجاز أن لا يلزمه حكمه على وجه الفساد إذا كان مأموراً بإبطاله، كما لو دفع دراهم إلى إنسان على طن أنه عليه، ثم بان أن لا شيء عليه، فارتجع لم يضمن كذلك هذا.

١٣- وإذا أحدث في ركوعه أو سجوده فذهب وتوضأ لم يحر الاعتداد بذلك الركوع أو السجود الذي أحدث فيه^(٢).

(١) انظر بداية المبتدي (ص ٢١)، والهداية (٦٩/١)، والمبسوط (١٥٩/١).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين (٦٠٥/١) والحر الرائق (٣٩١/١، ٤٠٤)، والهداية (٦١/١)، والجامع الصغير للشمسي (ص ٨٨).

ولو ذكر في الركعة الثانية سجدة التلاوة فخر ساجداً لها ثم رفع رأسه فقال إن احتسبت بذلك الركوع حاز.

والفرق أن إتمام الركوع واجب عليه، وإتمامه بالخروج منه، فلو قنأ: إنه يعدد بالاحتياط خروجاً، صار مؤدياً جزءاً من صلاته في تلك الحالة، وهو ظاهر فحاز وأما إذا ذهب ليؤمّ فإتمام الركوع بالخروج منه واجب، فلو قلنا: إنه يعدد بذهابه خروجاً من الركوع حتى لا يلزمه العود إليه لجعلناه متمماً له، فيصير مؤدياً جزءاً من الصلاة مع الحدث، وأداء جزء من الصلاة مع الحدث لا يجوز، فلا نجعله خارجاً، فلزمه العود إليه ليخرج منه.

١٤- الفتح على الإمام لا يفسد الصلاة ويكره، لأنه يقرأ خلف الإمام هكذا ذكر في المهرد^(١).

والفتح على غير الإمام يفسد الصلاة.

والفرق أن قراءة الإمام قراءة للمؤتم، فإذا فتح عليه قصد بقراءته استصلاح صلاته، فلم تبطل صلاته كالمعرد إذا قرأ.

وليس كذلك إذا فتح على غير الإمام، لأن قراءته ليست بقراءة له فقد أخرجه من حكم صلاته وجعله جواباً له وخاطبه، فصار كما لو علمه القرآن أو تعلم منه، ولو كان كذلك بطلت صلاته كذلك هذا.

١٥- وإذا مر المصلي بآية فيها ذكر الموت أو النار، فوقف عندها وتعوذ واستعمر، وهو وحده في التطوع، فذلك حسن. وإن كان إماماً كره له ذلك^(٢).

والفرق أنه إذا كان إماماً فهو فيما يقف يشكك القوم لأنهم ربما يظنون أنه ارتح عليه، فيفتحون عليه، ولأنه يؤدي إلى تطويل الصلاة عليهم، وقد النبي عليه السلام لمعاد: «صل بهم صلاة أضعفهم»^(٣)، فلا يفعل ذلك.

وأما في التطوع وحده لا يؤدي إلى التطويل على أحد، ولا إلى التغليظ والتشكيك، والاشتغال بالقراءة تطوع، والتدبر تطوع، فاستويا فإن شاء وقف وتدبر، وإن شاء مضى.

(١) انظر المحرر الرائق (٦/٢).

(٢) انظر المسوط للسخسي (١٩٨/١)، وبدائع الصنائع (٢٣٥/١).

(٣) أورده الحافظ في الدراية شرح أحاديث الهداية (١٨٩/٢)، والربيعي في نصب الراية (١٣٩/٤)، والشوكاني في بيل الأوطار (٢٠٦/٣). من حديث عثمان بن العاص.

على صلاته.

١٦- وإذا صلى على بساط فيه تماثيل، وإن كانت في موضع سجوده كره له ذلك. وإن كانت تحت قدميه فلا بأس به^(١).

والفرق أنه إذا توجه إليها فقد تشبه بعدة الأوثان، لأهم يتوجهون إلى الصورة. والتشبه بهم لا يجوز، بدليل ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «من تشبه بقوم فهو منهم».

وإذا كانت تحت قدميه لم يكن متشبهًا بهم، لأهم لا يفعلون هكذا وإنما يكون ذلك صغارًا ومذلة واستخفافًا فجاز له ذلك، كما لو وطئ صمًا بقدمه، ولو فعله فإنه يجوز، كذلك هذا.

١٧- ويسجد المسبوق مع الإمام سجدي السهو قبل أن يقوم إلى قضاء ما سبقه به، ولا يعيده إذا سجد مع الإمام.

ولو لحق أول صلاته، ثم نام أو أحدث في صلاته، ثم اتبه وأدرك الإمام في آخر صلاته، فإنه يمتدئ بقضاء ما سبق به، ثم يسجد للسهو، ولو سجد مع الإمام لم يعتد به. والفرق أن المسبوق التزم الاقتداء بالإمام ومتابعته في مقدار ما يصلي الإمام، وأوجب الأفراد بالباقي بعد فراغه، بدليل أنه لو قام إلى قضاء ما سبق به قبل فراغ الإمام وأدى ركعة لم يحر، فدل على أنه التزم متابعة الإمام في جميع أفعال صلاته، وسجود السهو من صلاة الإمام، فإذا انعد المسبوق به قبل فراغ الإمام من السجود، صار مفردًا في محل التزم الاقتداء به فيه، وهذا لا يجوز، كما لو نوى في خلال صلاته الأفراد وقام إلى قضاء ما سبق قبل قعود الإمام قدر التشهد.

وليس كذلك اللاحق لأنه لما أدرك أول صلاته فقد علق صلاته بصلاة إمامه، وأوجب أن يفعلها كما يفعل الإمام، ولم يوجب الأفراد بشيء، والإمام يسجد للسهو بعد الفراغ من جميع أفعال صلاته كذلك هو يجب أن يسجد للسهو في آخر صلاته، فلو قلنا: إنه يسجد مع الإمام ثم يقضي، لصار ماقضًا ما أوجبه بعقده، وهذا لا يجوز.

١٨- يقرأ المسبوق فيما يقضي.

ولا يقرأ اللاحق.

فرق لأن اللاحق معمول في الحكم كأنه حلف الإمام، بدليل أنه لا يسجد للسهو،

(١) انظر البحر الرائق (٢٨٢/١)، وتمعن الملوك (٦١/١)، والمبسوط للشيباني (٢١٥/١).

وإنما يسجد لسهو إمامه، ولو كان خلف الإمام لا يقرأ، كذلك هنا.
وليس كذلك المسوق، لأنه فيما يقضي مفرد، بدليل أنه يسجد لسهو نفسه، ولا يسجد لسهو غيره، والمفرد يقرأ في صلاته، فدل على أنه يقرأ.

١٩- والمسوق يشارك الإمام في سجود السهو.

ولا يتابعه في تكبير التشريق ونسبة الإحرام.

والفرق أن سجود السهو يدخل في التحريمة، بدليل أنه يحتاج إلى تحلل من بعد، وهو قد اقتصم الاقتداء بالإمام في مقدار ما يصلي، وأوجب الأفراد باباقي، وسجود السهو من صلاته ولزمه متابعتة.

وليس كذلك تكبير التشريق والتلبية، لأنهما شرعاً بعد التحلل بخارج التحريمة، بدليل أنه لا يحتاج إلى التحلل من بعد، وهو إنما التزم متابعة الإمام في التحريمة فإذا خرج منها لم يلزمه متابعتة.

٢٠- وعلى المسوق أن يقرأ فيما يقضي، وإن كان قد قرأ الإمام فيما صلى، ولا ينفعه قراءة الإمام، وكذلك إن قرأ هذا المؤتم فيما يصلي مع الإمام لم ينفعه، ويلزمه القراءة فيما يقضي.

ولو اقتدى المقيم بالمسافر ثم سلم الإمام فقام المقيم ليقضي بقية صلاته، فإنه لا يقرأ.

والفرق أن المسوق لم يقتد بالإمام فيما تعينت القراءة عليه فيه، لأن القراءة لا تعين في الركعتين الآخرين، وإنما نجب في إحدى الركعتين إما في الأولين أو في الآخرين، وإذا قرأ الإمام في الأولين لم يعد القراءة في الآخرين، فلم يقتد بالإمام في صلاة تعينت القراءة عليه، فلم تقع قراءته للمؤتم، فصار كما لو لم يقرأ الإمام في الآخرين وصلى خلفه، فيجب أن يقرأ فيما يقضي، لتحصل له القراءة في إحدى الركعتين من الأربع^(١).

وليس كذلك المسافر والمقيم، لأن فرص القراءة تعين على الإمام، فقد اقتدى المقيم به في صلاة تعينت القراءة عليه فيها، فحصلت قراءته قراءة له، فحصلت له القراءة في ركعتين ولا يلزمه القراءة في الباقي.

(١) انظر المسوط (٢٣٠/١) ونبور الإصباح (٥٥/١)، والهداية شرح البداية (٤٨/١)، والبحر الرائق (٤٩١/١، ٣٧٧، ٣٨٣، ٤٠٠).

قال الشيخ الإمام: قلت للقاضي الإمام: فلو أن الإمام لم يقرأ في الأوليين وقرأ في الآخرين، واقتدى به هذا المسوق، فقد تعيب القراءة على الإمام ههنا، فوجب ألا ندرمه القراءة فيما يقضي، قال: لا رواية ههنا.

وأما إذا قرأ هذا المؤتم خلف الإمام لم يدفعه أيضاً، لأنه لا قراءة عليه، وسكوته كقراءته وقراءته كسكوته، ولو لم يقرأ شيئاً حكمه كذلك ههنا.

٢١- وإذا كان في الظهر فتوهم أنه في العصر وطلت فكره حتى شعله عن ركعة أو سجدة، فعليه سجود السهو.

وإن شك في صلاة صلاها قبل هذه الصلاة وهو في هذه، وشعله تفكره عن السجود أو الركوع حتى طوله، فليس عليه سجود السهو.

والفرق أنه غير ركناً من أركان الصلاة ساهياً بما قصد به استصلاح هذه الصلاة، فحاز أن يلزمه سجود السهو، كما لو زاد ركوعاً أو سجوداً.

وليس كذلك إذا تفكر في صلاة أخرى، لأن التعبير لم يقع لمعنى قصد به استصلاح صلاته التي هو فيها، فلم يلزمه سجود السهو، كما لو التفت ساهياً.

٢٢- إذا صلى ركعتين تطوعاً وسها فيهما، فسجد للسهو بعد التسليم ثم أراد أن يني عليه ركعتين لم يكن له ذلك^(١).

ولو صلى المسافر ركعتين وسها فيهما، فسجد للسهو بعد التسليم ثم نوى الإقامة، جاز له أن يني عليه ركعتين.

والفرق أن سلام العمد وقع في محله في التطوع، لأن تحريمة التطوع تقع للركعتين في قول أبي حنيفة ومحمد -رحمة الله عليهما-، والسلام شرع عقيب الركعتين بوقع السلام في محله، وسلام العمد إذا وقع في محله منع السها عليه فقد قارن البناء ما يمنعه فلا يني عليه، كما لو لم يكن عليه سجود السهو.

وليس كذلك المسافر، لأنه لما نوى الإقامة صارت التحريم للأربع ولزمته الركعتان الأخريان لحق التحريم، فصار سلام العمد واقعاً في غير محله على طئ التمام، فلا يمنع البناء عليه، كما لو سلم في الركعتين من الظهر على طئ أنه صلى أربعاً ثم علم أنه صلى ركعتين، بني عليهما ركعتين أخريين كذلك هذا.

(١) انظر الحجة للنسائي (٣٠٢/٢)، والبحر الرائق (٥١/٢)، والمهذبة شرح البداية (٧٦/١)، وجامع الصغير للنسائي (ص ١٠٥)، والمبسوط للرخسي (٢٣٣/١)، وللشيباني (٢٩٥/١)، ومذاهب الصائغ (٢٩٢/١).

٢٣ - اقتداء المسافر بالمقيم بعد خروج الوقت لا يصح.

واقضاء المقيم بالمسافر بعد خروج الوقت يصح^(١).

والعرق أن من شرط صحة اقتداء المسافر بالمقيم ابتداء أن ينتقل فرضه إلى فرض إمامه، بدليل أنه لو اقتدى به في الوقت انتقل فرضه إلى فرض إمامه، وبحروج الوقت استقر العرض عليه استقراراً لا يتغير بتغير حاله، ألا ترى أنه لو أقام بعد الوقت لم ينتقل فرضه إلى فرض المقيم، فكذلك إذا اقتدى بمقيم بعد خروج الوقت، ولأن نية الإقامة أبطل في إتمام الإتمام من الاقتداء بالمقيم، بدليل أن المسافر إذا اقتدى بالمقيم ثم أنسد المقام صلاته، فإنه لا يلزم المسافر صلاة الإقامة، ولو نوى الإقامة ثم أنسد صلاته لزمه صلاة الإقامة، ثم لو نوى الإقامة بعد خروج الوقت لم يلزمه الإتمام، فلأن لا يلزمه الاقتداء بالمقيم أولى وأحرى فدل على أنه بحروج الوقت استقر الفرض عليه استقراراً لا يتغير بتغير حاله، فبقي فرضه ركعتان فلو جوزنا اقتداءه بالمقيم بعد خروج الوقت لجوزنا أن يقتدي من فرضه ركعتان بمن فرضه أربع ركعات وهذا لا يجوز، دليله مصلي المجر إذا اقتدى بمصلي الطهر لم يجز.

وليس كذلك المقيم إذا اقتدى بالمسافر بعد خروج الوقت، لأنه ليس من شرط صحة اقتداء المقيم بالمسافر أن ينتقل فرضه إلى فرض إمامه بدليل أنه لو اقتدى به في الوقت لم ينتقل فرضه إلى فرضه، فصار يقتدي من فرضه أربع بمن فرضه ركعتان فهذا جائز، كما لو اقتدى به في الوقت.

فإن قيل إذا كان الإمام مسافراً وخلفه مسافرون ومقيمون، فاستخلف الإمام مقيماً، فإن فرض المسافر لا ينتقل إلى فرض إمامه وهو فرض المقيم، فانتقض قولكم من شرط صحة اقتداء المسافر بالمقيم أن ينتقل فرضه إلى فرض المقيم.

اجواب أنا قد احتجنا بقلنا: من شرط صحة اقتداء المسافر بالمقيم ابتداء أن ينتقل فرضه إلى فرض إمامه، وهذا ليس بابتداء وإنما هو بناء فلا يلزمنا.

ووجه آخر أنه لو ثبت أن فرضه بعد الوقت لا ينتقل إلى فرض إمامه، فبقي فرضه في حق المسافرين، وصلاة الإقامة لا تنتقل إلى صلاة السفر، لأنه لو كان في السفرة وهي مشدودة ما فتحت صلاة الإقامة ثم سارت السفينة ونوى السفر لم يبين عليها صلاة السفر

(١) انظر الهداية (٨١/١)، والبحر الرائق (١٤٥/٢) ونجدة الملوك (٩٩/١)، وحاشية ابن عابدين (١/٤٥٩)، والمبسوط (٢٤٣/١)، وشرح فتح القدير (٣٨/٢). وبتلخيص الصنائع (٩٣/١، ١٠٢).

وإنما يتسببها أربعا، فإذا لم يجر أن ينقل إليه لم يجز أن يسي عليه، دليله صلاة التطوع، . . .
لم يجر أن ينقل إلى الفرض لم يجر بناء الفرض عليه، كذلك هذا.

وليس كذلك المقيم إذا اقتدى بالمسافر بعد خروج الوقت، لأن تحريمه انصرص
يجوز أن تنقل إلى التطوع، وهو أن يفتح صلاة يطن أنها فرض عليه ثم بان أن لا فرض
عليه انتقلت تطوعا، وإذا جار أن ينقل إليه جار أن يئنيه عليه، كمصلي التطوع خلف
المفترض يجوز، كذلك هذا.

روحه آخر لا يني صلاة السفر على صلاة الإقامة من عقد نفسه، وهي مسألة
السفينة التي ذكرناها، فلا يئنيه من عقد غيره، كما لا يجوز بناء الفرض على التطوع
وييني صلاة الإقامة على صلاة السفر من عقد نفسه، فجاز أن يئنيه من عقد غيره،
كما لا يجوز بناء التطوع على الفرض.

٢٤- وإذا أحدث الإمام في خلال صلاته وقد سها، واستخلف رجلا فسها أيضا،
كفاه سجدة واحدة لسهو وسهو الأول.

ولو أن الإمام الأول قرأ آية السجدة وسجد لها ثم أحدث، فاستخلف قرا الثاني
تلك الآية تلممه سجدة أخرى^(١).

والفرق أن سجود السهو جبران لتحريم، والأول قد استخف الثاني في التحريم،
فقام مقامه وصار كسهو وهو لو سها لزمه سجدة واحدة كذا هذا.

وليس كذلك سجود التلاوة، لأنها تجب بالتلاوة لا لحق التحريم، بدليل أنه يجب
خارج التحريم، وإنما يتداخل بالتكرار ولم يوجد، لأنه لم تسبق من الثاني تلاوة فجاء أن
تلممه سجدة أخرى، كما لو تلا آية أخرى.

٢٥- إذا تلا التالي آية السجدة مرات وهو في الصلاة على الراحلة، والراحلة تسير
كفاه سجدة واحدة.

وإن تلاها خارج الصلاة على الدابة وهي تسير لزمه لكل قراءة سجدة.
والفرق أن التحريم جمعت حكم الأماكن كلها فجعلها في الحكم كموضع واحد،
بدليل جواز الصلاة وإن كانت تسير، فصار كما لو كان في بقعة واحدة، فيكون معينا
مكررا ولا يجب أكثر من سجدة، كذلك هذا.

(١) انظر الهداية (٢٧/١)، والبحر الرائق (٤٣/١، ٣٤٩)، وحاشية ابن عابدين (١٩٤/٢)، وحاشية
الطحاوي على مراقي الفلاح (٢٠٨/١، ٢٨٣)، والمبسوط للرخسي (١٧٤/١، ٢٢٥)
واللمعة للشيباني (٢٩٧/١)، والمبسوط له (١٨٠/١، ٢٣٥).

وأما إذا كان خارج الصلاة فالتلاوة وجدت في أماكن متفرقة، ولم يوحّد ما يجمع حكم الأماكن، فصارت كالمجالس المختلفة فلا يكون معيّنًا ومكرّرًا، إذ الإنسان لا يكون معيّنًا بشيء في مجلس آخر تكررًا، لما وجد منه في المجلس الأول وتأكيّدًا، وإنما يكون توكيدًا للكلام الأول في مجلسه فقط، فلم يقتصر على واحد.

٢٦- إذا تلا آية السجدة في الصلاة وسمعها من أجني خارج الصلاة أجزأته سجدة واحدة، فإن سجد ثم أحدث فذهب فتوضأ ثم عاد إلى مكانه وبى على صلاته ثم قرأ ذلك الأجنبي تلك السجدة، فعلى هذا المصني أن يسجد إذا فرغ من صلاته، فجعل في حق غير المصلي كالجسدين^(١).

ولو سمع من أجني آية السجدة وهو على الدابة تسير فسجدها ثم تلا ثانية لم يلزمه سجدة أخرى، فجعل الأماكن كالمكان الواحد.

والفرق أنه إذا ذهب ليتوضأ فهو غير مصل في تلك الحالة، لأن لو جعلناه مصلًا وهو يحدث يجب أن تبطل صلاته، فهو في الصلاة وليس بمصل كالنائم، فقد فصل بين السماع الأول والثاني ما ليس بصلاة، فصار كما لو فصل بينهما بقطع الصلاة. وليس كذلك مسألة الدابة، لأنه مصل في حالة السير، بدليل أن ما يقع به من أفعاله في تلك الحالة يقع معيّنًا بها، فقد سمع وهو مصل وسمع ثانيًا وهو مصل تلك الصلاة أيضًا، فلم يفصل بينهما بما ليس بصلاة، فجاز أن يقتصر على سجدة واحدة.

٢٧- الواجب في أول الوقت أن يصلي صلاة الوقت بعد الفاتحة، فإن صلى صلاة الوقت أولاً لم يحزه^(٢).

والواجب في آخر الوقت أن يصلي صلاة الوقت ثم العائنة، فإن صلى العائنة أجزأته ولا يلزمه قضاؤها.

والفرق أن السبي عن فرص الوقت في أول الوقت إذا كانت عليه فاتحة لمعنى في نفس الصلاة بدليل أنه لو تفعل أو عمل عملاً آخر لم ينع عنه فدل على أن النهي لمعنى في نفس السبي عنه، والسبي إذا اقتصر على المنهي عنه اقتضى الفساد.

وليس كذلك آخر الوقت، لأن النهي عن قضاء العائنة لمعنى في غير الصلاة وهو تأخير فرص الوقت، بدليل أنه لو انتقل أو اشتغل بشيء آخر كان منهيًا عنه، والنهي إذا

(١) انظر البحر الرائق (١٣٦/٢). والمبسوط للسرحدي (٨/٢)، ونعمة الفقهاء (٢٣٧/١)، وبدائع الصنائع (١٨٩/١).

(٢) انظر حاشية ابن عابد (٣٧٩/١)، والمبسوط (١٩٤/٣).

كان لمعنى في غير المصهي عنه لا يوجد المساد كالبيع وقت النداء.

٢٨- المريض إذا لم يقدر على المعود صلى مستقيماً على قفاه ورجلاه إلى القبلة في ظهر الروايات ولا يستقبل القبلة مصححاً إلا أن لا يقدر^(١).

وأما توجيه الميت في النجس، والمريض المختصر فإنه يوجه على شقه الأيمن.

الفرق ومدارهما على الخبر، وهو ما روي عن علي بن أبي حمزة عن النبي عليه السلام أنه قال: «المريض يصلي قائماً إن استطاع، فإن لم يستطع فليصل قاعداً، يجعل سجوده أخفض من ركوعه، فإن لم يستطع قاعداً صلى مستقيماً على قفاه ورجلاه مما يلي القبلة»^(٢).

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «يصلي المريض مستقيماً على قفاه يلي قدميه القبلة»^(٣).

وفي الميت روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «يا علي استقبل به القبلة استقبالاً، وقلوا جميعاً باسم الله وعلى ملة رسول الله، وضعوه لجسده ولا تكبوه لوجهه ولا تلقوه لطهره»^(٤).

ووجه آخر من طريق المعنى أن المريض يؤمر بالإيماء، ومتى أومأ حصل رأسه فجعل وجهه إلى غير القبلة، والانحراف في بعض الصلاة عن القبلة لا يجوز. وأما حالة الاحتضار والدفن فلا يحتاج إلى الحركة، وقد حصل متوجهاً إلى القبلة صغار.

ولأن المريض يعرض له الصحة والقدرة على القعود فمتى كان مستقيماً على طهره، فإذا قعد حصل متوجهاً نحو القبلة في قيامه وقعوده فجاز، وأما إذا كان على جنبه ماداً رجليه فإذا قعد حصل متوجهاً إلى غير القبلة فيحتاج إلى الانحراف إلا أن يوجه رجليه أولاً إلى القبلة ثم يقعد، فهذه حالة تقرب إلى الصحة والقعود فاعتبر به.

(١) انظر البحر الرائق (٢/١٢٤)، والسنن (١/٢١٣). وحاشية ابن عابدين (١/٢٣٣). ونجدة الفقهاء (١/١٩١)، والآنار للشيباني (ص ٥١).

(٢) أورده الشوكاني في الدراري المضية (١/١٢٤)، وعراه للبخاري وأهل السنن وغيرهم. وانظر اختلاف العلماء للمروزي (ص ٤٩). ومصنف ابن أبي شيبة (٢/٢١٢).

(٣) رواه عبد الرزاق في المصنف (٢/٤٧٤)، والدارقطني (٢/٤٣)، والبيهقي في الكبرى (٢/٣٠٨).

(٤) لم أقف على هذا اللفظ وإنما جره منه فيما رواه الحاكم (١/٥٢٠)، وابن حبان (٧/٢٧٥)، والنسائي في الكبرى (١/١٩١)، وابن ماجه (١/٤٩٤).

وأما المختصر فهذه حالة تقرب من الموت فاعتبر بحالة الموت، وحالة القتل في نشأة تصحيح على حبها عند الدبح، لأن استلقاءها على ظهرها أشق عليها كذلك هذا.

٢٩- الميت إذا وجد في المعركة وليس به حرج إلا أن الدم خرج من عينيه أو أذنيه لا يغسل وإن خرج الدم من ذكره وأمه ودبره غسل.

والفرق أن الدم لا يخرج من الأذن والعين من غير صرب، فكان وجوده دليلاً على الصرب فحمل على أنه مات منه، فصار كما لو علم بالصرب.

وليس كذلك الأنف والذكر، لأن الدم قد يخرج منهما من غير علة وضرب، فلم يكن وجوده دليلاً على الضرب، فصار كما لو مات حتف أنفه.

٣٠- إذا أحدث الإمام بعد الخطبة، فأمر رجلاً يصلي بالناس، فإن كان الرجل شهد الخطبة جئاً فأمر المأمور رجلاً شهد الخطبة، فصلّى المأمور الثاني بهم أجزاءه.

وإن كان المأمور الأول لم يشهد الخطبة لم يجز أمره لغيره جئاً كان أو طاهرًا.

فمرفق بين ما إذا كان المأمور الأول جئاً وشهد الخطبة، وبين ما لو لم يشهد.

والفرق أن الاغتسال ليس من شرائط الجمعة، بدليل أنه لو كان شاهداً فتوصلاً جاز وإن لم يغتسل، وإنما هو من شرائط الصلاة، ألا ترى أنه يشترط في سائر الصلوات، وإذا كان من شرائط الصلاة لم يمنع انعقاد الإمامة له، فصار إماماً فجاز أمره لغيره.

وليس كذلك إذا لم يشهد الخطبة، لأن الخطبة من شرائط الجمعة، بدليل أنه لم يشترط في غيرها من الصلوات، فوجب أن يوجد ممن يؤمر بها لتنعقد له الإمامة ولم يوجد فلم تنعقد الإمامة له فصار يأمر غيره وهو ليس بإمام فلا يجوز، كما لو كان المأمور الأول صبيًا.

٣١- وإذا افتتح الإمام الصلاة، ثم أحدث فاستخلف رجلاً لم يشهد الخطبة، فإن له أن يصلي بهم الجمعة.

ولو افتتح الصلاة من لم يشهد الخطبة لم يحز.

والفرق أن الأول لما أدرك الخطبة انعقدت له الجمعة فصار الثاني يسي على تحريمه صحة الجمعة فجاز.

وليس كذلك إذا افتتح ولم يشهد الخطبة، لأن الجمعة لم تنعقد والخطبة شرط في انعقادها، وإذا لم يشهد لم تنعقد ابتداءً للجمعة فلا يصح الباء عليها.

٣٢- ومن سها عن التشهد الأول حتى قام لم يعد.

وإن سها عن التشهد الأخير حتى قام عاد إلى القعود وتشهد وسلم وسجد

ومدارهما على الخبر وهو ما روي عن النبي عليه السلام أنه قام من الثانية إلى الثالثة فمسح به فلم يعد.

وروي أنه قام من الرابعة إلى الخامسة فمسح به فعاد.

والفرق من طريق المعنى أن القيام إلى الثالثة فريضة والقعود سنة، وإذا قام إلى الثالثة وقع قيامه معتدلاً به، لأنه يقع عن العرص، فلا يجوز له رقصه والعود إلى ما قبله لأداء مسنون، فأمر بالمضي على الصلاة.

وأما في القعدة الأخيرة فالقيام غير مأمور به والقعود مفروض عليه، فإذا قام إلى الخامسة لم يقع معتدلاً به، والقعود فرض عليه والعود إلى أداء المفروض أولى من الاشتغال بما ليس بمسنون، فأمكنه رقصه والعود إلى ما قبله فوجب أن يرضه ويعود.

٣٣- وإن قعد في الرابعة ولم يتشهد، ثم قام إلى الخامسة فإنه يعود إلى القعود ويقرأ التشهد.

وإن قعد في الثانية ولم يقرأ ثم قام إلى الثالثة فإنه لا يعود^(٢).

والفرق أنه إذا قام إلى الخامسة ساهياً وجب عليه العود إلى أداء الفرض عليه وهو السلام، فإذا عاد إلى القعود فمحل التشهد باقي ملزمه أن يتشهد.

وليس كذلك القعدة في الثانية، لأن المتروك مسنون والقيام مفروض، فلا يلزم ترك المفروض لأداء المسنون إذ الاشتغال به أولى، ولم يترك فرضاً حتى يلزمه العود إلى القعود، فمحل التشهد قد فات، فلم يلزمه وسقط كما لو رفع رأسه من الركوع، ولم يسبح لم يؤمر بالعود إليه كذلك هنا.

٣٤- إذا تلا الخنث آية السجدة أو سمعها لزمه سجدة التلاوة.

ولو تلتها الخائض لم يلزمها.

والفرق أن سجود التلاوة جزء من أجزاء الصلاة، والخنث يلزمه الصلاة عند وجود سببه وهو دخول الوقت، فكذلك يلزمه أجزاءه ويؤديه بعد الاغتسال كما يؤدي الصلاة. وليس كذلك الخائض، لأنه لا يلزمها الصلاة عند وجود سببها، فكذلك لا يلزمها جزء منها، وسجدة التلاوة جزء منها فلا يلزمها.

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٩١/٢)، والمسوط للسرخسي (٢٣٤/١)، ونجدة الفقهاء (٤٥/١)،

وبدائع الصائغ (١٧٠/١).

(٢) انظر البحر الرائق (١١١/٢).

٣٥- لا يتقدر أقل النفاس. ويتقدر أقل الحيض^(١).
والفرق أن للنفاس علماً طاهراً يدل على خروجه من الرحم، وهو تقدم الولد عليه،
واستوى قلبه وكثيره لوجود علمه الدال عليه.
وليس مع الحيض علم يدل على خروجه من الرحم، فإذا امتد في الأيام صار
الامتداد دلالة على أنه دم الحيض المعتاد، وإذا لم يمتد لم يوجد دلالة فلا يجعل حيضاً،
كما قلنا في دم الرعاف.

٣٦- لا يجوز للواحد والاثنين أن يسافرا بالقرآن إلى أرض الحرب.
ويحوز الآية والآيات^(٢).
وامرق أن المنع من السفر مخافة أن تناله أيديهم فيستخفون به، وهم إنما يقصدون
المصحف بالاستخفاف. ولا يقصدون ما دونه.
فمنع من المصحف ولم يمنع من الآية.
٣٧- ذكر في المتقى عن محمد في صلاة الخالس إذا تشهد في حال القيام فلا سهو
عليه. وإذا قرأ في حال التشهد فعليه السهو.

وجه الفرق أن حال القعود محل التشهد، ولو كان قادراً على الركوع والسجود
وصلّى ثم تشهد قائماً لم يلزمه سجود السهو، فإذا افتتح قاعداً أولى أن لا يلزمه.
وليس كذلك إذا قرأ في حال التشهد، لأن حال القعود ليس بمحل القراءة في صلاة
كاملة فلئلا لا يكون محلاً في صلاة ناقصة أولى، فقد قرأ في موضع التشهد فلزمه سجود
السهو.

٣٨- وإذا افتتح الصلاة في المسجد فطن أنه قد سبقه الحدث وانصرف ليتوضأ، ثم
علم أنه لم يسبقه الحدث وهو في المسجد جاز له المضي على صلاته، وكذلك لو ظن أنه
قد أتم صلاته ثم علم أنه لم يتم.
ولو ظن أن على ثوبه نجاسة أو أنه لم يكن متوضئاً فانصرف ليتوضأ ثم علم أنه
كان متوضئاً لم يجز له الباء.

والفرق أنه لما طن سبق الحدث فقد انصرف من صلاته انصراف استيفاء لا
انصراف رفض، بدليل أنه لو تحقق ما طه جاز له المضي، فلم يعد قاصداً إلى الخروج من

(١) انظر بدائع الصائغ (٤١/١).

(٢) انظر الجامع الصغير للنسائي (ص ٣١٩)، وبدائع الصائغ (١٠٢/٧)، وشرح فتح القدير (٥/٤٥٠).

الصلاة فلم يسمع الساء، وكذلك لو ظن أنه قد أتم صلاته فلم ينصرف انصراف رخص، لأنه طئ أن الصلاة تامة، ولو تحقق ما طئه لم تبطل صلاته، فإذا لم يقصد الرخص لم تعد مرفوعة، كما لو سلم ساهياً.

وليس كذلك إذا ظن أنه لم يتوضأ أو على ثوبه نجاسة، لأنه انصرف من صلاته انصراف رخص، بدليل أنه لو تحقق ما طئه بطلت صلاته ولزمه استنفاها، فقد نوى الرخص مقارناً بفعل ليس من أفعال صلاته سقطت صلاته، كما لو سلم عامداً

٣٩- ولو ظن المصلي في المسحود سبق الحدث فانصرف ليتوضأ ثم علم أنه لم يسبقه الحدث، فله أن يبي على صلاته ما دام في المسحود.

وإذا خرج من المسحود لم يجز له البناء.

والفرق أن بقاع المسحود كلها مجعولة في الحكم كبقعة واحدة وهي كلها محل لوصل بعض الصلاة ببعض، بدليل أنه لو وقف في آخر المسحود واقتدى بالإمام والصفوف غير متصلة جازت صلاته، وإذا كانت بقاع المسحود كلها محلاً لوصل الصلاة بعضها ببعض صارت كالبقعة الواحدة، ولو كان في محله وتحقق أن الحدث لم يسبقه حار له البناء على صلاته كذلك هذا.

وأما خارج المسحود فهو ليس بمحل لوصل بعض الصلاة ببعض، بدليل أنه لو اقتدى بالإمام خارج المسحود والصفوف غير متصلة لم يحجر، وإذا لم يكن محلاً لوصل صلاته بصلاة غيره لم يكن محلاً لوصل بعض الصلاة ببعض، فصار كالبقاع المختلفة والأماكن المتباعدة فيمنع البناء.

٤٠- إذا افتتح التطوع خلف من يصلي الظهر ثم أفسد على نفسه ثم اقتدى بمن يصلي الظهر، ونوى به قضاء ما أسدده على نفسه أو لم يحضر بية حتى فرغ جاز عما وجب عليه.

ولو افتتح التطوع خلف من يصلي التطوع ركعتين ثم أسدده على نفسه ثم صلى خلف من يصلي التطوع ركعتين لم يجزه.

والفرق أنه بالافتداء يصلي الظهر التزم بتحريمه طهر ذلك اليوم، وهذا الثاني يؤدي تلك التحريم، بدليل أن الإمام الأول لو جاء واقتدى به أجرأه عن الصلاة التي كان فيها، وبدليل أن سب وجوبه عليهما واحد، لأنه وجب برؤال الشمس ودخول الوقت فإذا قضى خلف من يصلي تلك الصلاة بتلك التحريم جاز، كما لو صلى حلف الأول.

وليس كذلك التطوع، لأنه بالافتداء بالمتطوع التزم بحرمة صلاته، وهذا الثاني

الذي يصلي تطوعاً يؤدي صلاة أخرى غير تلك الصلاة، لأن سبب وجوبها مختلف، لأن الوجوب بالشروع، وشروع هذا غير شروع ذاك، فصار كمرصين مختلفين، فلا يجوز أداء أحدهما خلف من يصلي الآخر.

٤١- ولو أن رجلاً قال: لله علي أن أصلي ركعتين تطوعاً، وقال الآخر: لله علي أن أصلي ركعتين تطوعاً، ثم أم أحدهما صاحبه لم تجز صلاة المؤمن. ولو قال: لله علي أن أصلي ركعتين، وقال الآخر: لله علي أن أصلي الركعتين اللتين أوجبت علي نفسك، فأم أحدهما صاحبه أجزأت صلاتهما^(١).

والفرق أن الوجوب بسببين مختلفين، لأن الوجوب بالنذور، ونذر هذا غير نذر ذاك، فصار كالمرضين المختلفين، فلا يجوز اقتداء أحدهما بالآخر.

وأما إذا قال: لله عليه أن يصلي الركعتين اللتين أوجبت علي نفسك، فالوجوب من جنس واحد، لأنه أوجب علي نفسه عين ما أوجبه الآخر علي نفسه، فصار كالظهر الواحد، ولو اقتدى مصلي الظهر خلف من يصلي الظهر جاز كذلك هذا.

٤٢- ولو أن رجلين صليا الظهر في منازلهما ثم جاء كل واحد منهما إلى إمام يصلي الظهر فدخل معه فهي له تطوع، فإن قطعها وجب عليه فضاؤها أربع ركعات، فإن أم أحد المأمومين صاحبه فيهما أجزأته.

ولو دخل كل واحد منهما خلف إمام يصلي التطوع على حده ثم قطعاً صلاتهما ثم أم أحدهما صاحبه يريدان قضاء ما أفسدا لم يجز للمأموم صلاته وأجزأت عن الإمام^(٢). والفرق أن الوجوب سبب واحد وهو تحريمة الظهر، والإمامان يصليان طهراً واحداً، بديل أن أحدهما لو اتهم بالآخر جاز، فصار كما لو اقتدى بإمام واحد فإنه يجوز كذلك هذا.

وليس كذلك التطوع، لأن الوجوب سببان مختلفان لأن الوجوب بالشروع وشروع هذا غير شروع ذاك، فصار كالمرضين المختلفين، فلا يجوز أداء أحدهما خلف من يصلي الآخر. والله أعلم.

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٢٥١/١)، (٩٧/٢)، والبحر الرائق (٦٢/٢)، (٣٢٢/٤). وحاشية ابن عابدين (٣٢/٢)، وتحفة الفقهاء (٣٤٠/٢) وبتائع الصنائع (٩٣/٥)، وشرح مع القدير (٢/٤٠٣).

(٢) انظر البحر الرائق (٣٨٣/١)، ولانار لشيخاني (ص ٦٥)، والدر المختار (٥٨٠/١) وشرح مع القدير (٣٧١/١).

«كتاب الزكاة»

٤٣- إذا قال رب المال: أئخذ الصدقة مصدق آخر وحلف وحاء سرياعة أو لم يجرى بها، فإن كان عليهم مصدق غيره في تلك السنة صدق. وإن لم يكن عليهم مصدق آخر في تلك السنة أو قال: دفعها إلى المساكين لم يصدق.

والفرق أن مال الزكاة حصل في يده حصول أمانة، بدليل أنه لو تلف لم يصح. فهو أمين ادعى الدفع إلى من جعل له الدفع إليه، فكان القول قوله، كالمودع إذا قال: رددت الوديعة إلى المودع أو إلى وليه.

وليس كذلك إذا لم يكن عليهم مصدق آخر، لأنه إذا لم يكن مصدق آخر فقد ادعى الدفع إلى من لم يجعل له الدفع إليه، فوجب أن لا يصدق، كالمودع إذا قال: رددت الوديعة إلى الأجنبي لا يصدق، كذا هذا.

٤٤- وإذا ظهر الخوارج على بلد فيه أهل العدل، فأخذوا منهم صدقة أموالهم، ثم طهر عليهم الإمام حسبها لهم^(١).

ولو مروا هم على العاشر من أهل هذا البغي، فأخذ منهم العشر، لم يحسب لهم عاشر أهل العدل.

والفرق أن على الإمام أن يحميمهم ويذب عنهم وعن حريمهم، فإذا لم يحميمهم حتى غلب الخوارج عليهم فهو الذي ضيع حق نفسه، فلم يكن له أن يثني عليهم، كما لو أقاموا حداً لم يكن له أن يثني إقامته، كذلك هذا.

وليس كذلك العاشر، لأن صاحب المال بالمرور عليه عرض حق الفقراء للتلف، نصار جانيًا وإذا جنى غرم.

٤٥- رجل له ألف درهم، فحال عليها الخول، فاشتري بها عبدًا للتجارة فمات، سقطت الزكاة عنه.

ولو اشترى عبدًا للخدمة لم تبطل^(٢).

والفرق أنه إذا اشترى بها عبدًا للتجارة فقد نقلها إلى ما يثبت فيه الحق الأول. بدليل أنه لو فعل ذلك في وسط الخول يثني عليه، ولم يكن منلفًا حق الفقراء، ولا ناقلاً

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٢/١٨٠).

(٢) انظر المبسوط للسرخسي (٢/١٩٦)، وحاشية ابن عابدين (٢/٢٨٥).

مقام الثاني مقام الأول، ولو بقي الأول وتلف لم يضمن، كذلك هذا.
وليس كذلك في العبد للخدمة، لأنه نقله إلى ما لا يثبت فيه الحق الأول، بدليل أنه
لو فعل ذلك في وسط الحول لم يبين عليه، فصار مفوضاً حق المقرء لمعزم، كما لو وهبها
من إنسان أو تزوج عليها امرأة.

٤٦- رجل له على إنسان ألف درهم، فنصدق بشيء منها عليه، يوي أن تكون
من زكاة ماله، جاز عن زكاة هذا الدين.

ولا يجوز عن زكاة دين آخر ولا عن عين^(١).

والفرق أن العين أكمل من الدين، بدليل أن الشيء يشتري بالنسيئة بأكثر مما
يشتري بال نقد، فصار مؤدياً ناقصاً عن كامل وهذا لا يجوز، فبقي الكامل عليه بحاله، كما
لو كان عليه عتق رقبة مؤمنة فأعتق رقبة كافرة، أو كان عليه عتق رقبة، فأعتق مديراً أو أم
ولد لم يحزه عن القرض، وبقي الوجوب عليه بحاله، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا أدى عن هذا الدين، لأن (المؤدي ناقص) والمؤدي عنه ناقص،
فقد اتفق المؤدي والمؤدي عنه فجاز، كأداء العين (عن العين).

ووجه الفرق بينه وبين دين آخر، لأنه بعقد المداينة أخرجته من أن يملكه غير من
عليه الدين، لأنه لو اشترى به شيئاً لم يحز، وإذا لم يحز تملكه من غير من عليه الدين لم
يحز تملكه من غير ما عليه، دليله لو (دبر عبداً) ثم أراد أن يعتقه عن كفارة بميه لم يحز
عنه، لأنه لا يُقدر على تملكه من غير من عليه ولا يقدر على تملكه من غير ما عليه
كذلك هذا

٤٧- المسلم إذا مر على العاشر بمال (مرة أخذ منه) العشر، فلو مر بذلك المال
ثانياً لا يأخذ منه شيئاً.

وليس كذلك الحربي لو مر على العاشر في سنة مرات أخذ منه كل مرة عشرًا.
وافرق أن المأخوذ من المسلم حق الحول وهو الزكاة، وحق الحول إذا أخذ مرة لا
يؤخذ ثانية، كما لو كان له إبل سائمة فأدى زكاتها مرة في حول، فإنه لا يؤخذ منه نساء،
كذلك هذا

وليس كذلك الحربي، لأن المأخوذ منه ليس هو حق الحول، لأنه ليس من أهل
الزكاة، وإنما المأخوذ منه بعقد الأمان والكف عن تعظيم ما في يده وهو عجاج في كل مره

(١) انظر المسوط للشيباني (١١١/٢، ١١٢).

إلى إذن جديد فيؤخذ منه (أحياناً جديداً).

٤٨- إذا ورت مالاً أو وهب له أو كانت له جارية للخدمة فنوى بها التجارة لا تصير للتجارة ما لم تنع.

ولو كانت له جارية للتجارة فنوى القبة وأمسكها فصارت مهنة، ولا تحب ركاة التجارة

والعرق أن الحارية إذا كانت للخدمة فنوى بها التجارة فقد نوى التجارة ولم يفعلها، فلم يطل حكمها، فتبقى للخدمة ولم تصر للتجارة، كما لو كان مقيماً فنوى السفر، ولم يسافر لا يصير مسافراً ويبقى مقيماً، والمعنى أنه نوى السفر ولم يرحل فبقي على الإقامة، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كانت للتجارة فنوى بها الخدمة لأنه نوى الخدمة وفعلها، فيطل حكم ما نوى قبله، وصارت للخدمة، كما لو نوى الإقامة فيطل حكم السفر، ويصير مقيماً، كذلك هذا.

والمعنى فيه أن السفر والتجارة عمل، فما لم يوجد العمل لا يحكم به.

والإقامة والمهنة ترك العمل والترك يحصل مع الية من غير عمل، فكذلك ارتقا

٤٩- إذا وهب الإنسان ألف درهم، ثم رجع فيها بعد ما حال الحول عليه، سقطت الركاة عن الموهوب له^(١).

ولو باع شيئاً بألف درهم وقض الثمن، ثم استحق المبيع، فارتجع الألف منه وقد كان حال الحول عليه في يديه لم تسقط الركاة عنه.

والفرق أن الدراهم في الهبة تتعين عند العقد، لأن صحتها بالقبض، والقض يصادف عينها فتعينت عند العقد فتعينت عند الرد، وقد استحق عليه عينها من غير رضاء، فصار كما لو هلك بعد وجوب الركاة سقطت عنه الركاة، كذلك هذا.

وليس كذلك في البيع لأن الدراهم في البيع لا تتعين عند العقد عندما، لأن العقد ينعقد بمضمون في الدمة، ثم تصير قصاصاً بما له عليه عند الأداء، وإذا لم تتعين عند العقد لم تتعين عند الرد، فلا يستحق عليها عينها، وإنما استحق عليه دراهم مثلها، فهذا دين لحقه بعد حوّلان الحول عليه ووجوب الركاة، وإذا لحقه دين بعد وجوب الركاة فلم تسقط عنه الركاة كسائر الديون.

(١) انظر البحر الرائق (٢/٢٢٢).

٥٠- يجوز دفع خمس الركاز إلى أولاده، ولا يجوز دفع العشر.

والفرق أن في الركاز لم يسبق له ملك فيه، وإنما ملكه بالأخذ، فلم يشك له حق في عينه، فكما أخذه مشتركاً أربعة أحصاه له وخمس للمفراء، وإذا ثبت هذا قلنا: هذا مال له يسبق له ملك فيه ولا حق له في عينه فنؤمر بقطعة، وهو مأمور بالتصدق به فإذا صرفه إلى ولده جاز، دليله اللقطة.

وليس كذلك العشر والزكاة، لأنه قد سبق له ملك في الحب قبل الررع، فثبت له حق في الخارج منه، فقد اجتمع له الملك والحق فيه، وفي باب العشر وهو مأمور بإرثه الملك وقطع الحق عنه، فإذا تصدق به على ولده فقد أزال ملكه عنه وبقي الحق له فيه، لأن له حقاً في مال ابنه، فقد فعل بعض ما أمر به فلم يجزه.

وإن شئت قلت: له أن يصرفه إلى نفسه، لأن له أن يمسك الجميع إذا احتاح إليه، فله أن يصرفه إلى ولده.

وأما العشر فليس له أن يصرفه إلى نفسه، ولو كان محتاجاً إليه، فليس له أن يصرفه إلى ولده، فكننك افترقا.

٥١- وإذا نوى بالخلع والصلح عن دم العمد التجارة، مثل أن يصالح على دار أو خالع امرأته على عبد صار للتجارة^(١).

ولو ورث داراً ونوى التجارة لا تصير للتجارة.

والفرق أن الخلع والصلح كل واحد منهما سبب يحصل الملك به من جهته، وإذا كان كذلك ونوى به التجارة كان للتجارة، كالشراء لما كان سبباً يحصل الملك به من جهته، فنوى به التجارة، كان للتجارة كذلك هذا.

وليس كذلك الإرث، لأن الإرث ليس بسبب يحصل به الملك من جهته، لأن الشيء الموروث يدخل في ملكه شاء أو أبى من غير فعل من جهته، وإذا لم يوجد منه سبب صار كما لو كان في ملكه للمهنة فنوى به التجارة، فإنه يصير للتجارة، كذلك هذا.

٥٢- وإذا تزوج امرأة على ألف درهم ثم طلقها قبل الدخول بها بعدما حال الحول، فارتجع منها نصفها لم تسقط عنها الزكاة.

(١) انظر المبسوط (١٧/١٧٣).

ولو تزوجها على عرص ثم طلقها بعدما حال الحول عليها، سقطت زكاة نصفه^(١) والفرق أن الألف التي تزوجها عليها لا تتعين عند العقد، وإذا لم تتعين عند العقد تتعين عند الفسخ والرد وإذا لم تتعين عند الرد كان له أن يعدل عنها إلى غيرها، فإذا كان كذلك لم يستحق عليها عين تلك الدراهم، وإنما استحق عليها مثبها، فصار كعين الخقب بعد وجوب الزكاة، ولو لحقها دين بعد وجوب الزكاة لم يسقط عنها شيء من الزكاة، كذلك هذا.

وليس كذلك العروس (لأنها تتعين) عند العقد فتتبع عند الفسخ، فقد استحق عينا عين تلك العروس من غير رضاها، فصار كما لو هلك سقط عنها بعد الحول، ولو هلك نصفه سقط عنها زكاة نصفه، كذلك هذا.

٥٣- المضارب إذا اشترى بمال المضاربة طعامًا للعبيد، فحال الحول عليه فميه الزكاة.

ولو اشترى رب المال طعامًا لعبيده لا يكون للتجارة إلا بالنية.

والفرق أن المضارب مأمور بالتجارة فكان (ما يشتريه) للتجارة، إذ لو لم يجعل ما يشتريه للتجارة لصار مخالفًا ويكون ضامًا، فإذا لم نجعله ضامًا فقد جعلنا ما اشتراه للتجارة، وإذا كان مأمورًا بالتجارة فكان ما يشتريه للتجارة لم يحتج فيه إلى النية.

وليس كذلك رب المال، لأنه غير مأمور بالتجارة، وله أن يشتريه للتجارة ولغيره، وشراؤه يصلح لهما جميعًا، فالظاهر إنما يشتريه للمهبة وإنما يصرف إلى التجارة بقرينة وهي النية، فإن وجدت النية كانت للتجارة، وإلا فلا.

٥٤- الزكاة تجب في الدراهم والدنانير (بويها) التجارة أو لم ينو.

ولا تجب الزكاة في العروض إلا بنية التجارة.

والفرق أن الزكاة تجب في المال لكونه معرضًا للنماء، والنماء لا يحصل إلا بأحد شيئين، إما السوم أو التجارة، فما لم يعرض لواحد منهما لم تجب الزكاة، ولا يكون معرضًا له إلا بالنية.

وليس كذلك الدراهم والدنانير، لأنه معرض للنماء بنفسه، لأنه بقدر أن يصرفه فيما شاء ليحصل به الربح، ويمكنه أن يشتري به ما شاء كل وقت فصار كالمعد بالنية، ولأنه لو قصد إلى نقله إلى الذهب والفضة بأن يوى التجارة تجب الزكاة في العروض

(١) انظر البحر الرائق (٢/٢١٩)، والمسبوط لسرخسي (٣/٣١).

(ولأن تجب إذا) تحقق القصد اقتل أولى وأحق.

٥٥- الصباغ إذا اشترى العصفور والزعفران ليصنع به ثياب الناس بالأجرة، والسم ليبيع به الجلد، فحال الحول عنده لزمه زكاة التجارة^(١).

والقصار إذا اشترى الأسنان والصابون والخطب للتور والملح فلا زكاة فيه.

والمرق أن الصبغ معد للاعتياض عنه، لأن ما يؤخذ من الأجر يكون في الحكم كالعوض عن هذه الأعيان، فوجب الزكاة فيها كالسلع المعدة للبيع.

وليس كذلك القصار، لأن الأسنان والصابون لا يعد للاعتياض عن غيرها، لأنها تلف ولا يقع التسليم في عينها إلى صاحب الثوب، فصار كأداة القصارين من المدة والقدر وما أشبهها ولا زكاة فيها، لأن التسليم لا يقع فيها، كذلك هذا.

٥٦- عبد للتجارة قتله عد آخر خطأ فدفعت مكانه فالثاني للتجارة.

ولو قتل عمداً فصالح من (دم العمد) على عبد وعرض فليس للتجارة.

والفرق أن في قتل الخطأ الواجب مال وهو القيمة، فصار المأخوذ بدلاً عما هو مال، فصار كما لو باعه بالثاني.

وأما إذا كان القتل عمداً فالواجب القصاص، وهو ليس بمال فلم يكن المأخوذ بدلاً عن مال التجارة، فلم ينتقل حكم الأول إليه، فصار كأنه ملكه باهية أو بالإرث ابتداءً، فلا يصير للتجارة إلا بالتجارة.

٥٧- هشام عن محمد في رجل له مال نوى أن يؤدي الزكاة عنها، وجعل يتصدق إلى آخر السنة، ولا تحضره النية فإنه لا يجزيه.

ولو أخرج دراهم فصرها في كِنٍ وقال: هذا من الزكاة، فجعل يتصدق منها ولا تحضره النية. قال: أرجو أن يجزيه.

والفرق أن تعيين النية عن الزكاة شرط، ولم يوجد إذا فرق الدفع من غير نية.

وليس كذلك إذا جمعها في صرة، لأنه عيها لهذه الجهة وعرضها لها، وإحضار النية مع كل جزء (ليس بشرط) فمتى أخرجه إلى ما عرضه له وقع عما قصده.

هذا كما قلنا في الرجل إذا اشترى شاة للأضحية، فذبحها غيره بغير أمره صح ولو (لم يشتري) للأضحية ولم يعينها لهذه الجهة، فذبحها غيره لم يحره، كذلك هذا.

٥٨- ابن رستم عن محمد فيمن أودع رجلاً لا يعرفه مالا، ثم أصابه بعد سنين

(١) انظر البسيط للسرخسي (١٩٨/٢).

قال: لا ركة عليه فيه.

وإن أودعه رجلاً يعرفه فسيه سين ثم ذكره فإنه يركيه.

والمرق أنه إذا أودعه إلى من لا يعرفه فهو مضيع، بدليل أنه لا يقدر على ربحه فصار كما لو دفعه في معارة وسيه.

وإذا أودع إلى من يعرفه فهو ليس بمضيع، بدليل أنه يقدر أن يربحه متى شاء. ويد المودع كيد المودع فصار كما لو كان في صدوقه وسيه، ولو كان كذلك وحت الزكاة، كذا هذا.

٥٩- إذا ادعى المسلم حين مر على العاشر أن حوله لم يتم، أو عليه دين يحبط بماله، أو هذا مال غيره، أو أنه ليس للتحارة، وحلف على ذلك صدق. ولا يصدق الحربي في شيء منه^(١).

والفرق أن المأخوذ من المسلم زكاة، والزكاة لا تجب إلا لوجود شرائطها، فإذا لم يكن يقر به لم يلزمه فالمصدق يدعي عليه الحق وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه، كما لو حضر المصدق وقال: لك سوائم فأذ زكاتها فجحد، فالقول قوله، كذلك هذا.

وأما الحربي فالمأخوذ منه ليس على وجه الزكاة، فلا تعتبر فيه شرائط الزكاة من الملك وحولان الحول، وإنما يؤخذ منه للكف عن الغنيمة وتغيب ما في يده على وجه المجازاة، والمكافأة، ومال غيره يحتاج إلى الأمان كماله، وكون الدين عليه يوجب نقصان ملكه، والحربي ناقص الملك في الأصل، فلا يمنع جواز الأخذ منه فيؤخذ.

٦٠- إذا قال الحربي الذي في يده ممالك للعاشر: إن هذا العلام ولدي، أو هو مدبري، أو هذه الجارية أم ولدي، يصدق على ذلك ولا يؤخذ منه الحق.

وذكر في المنتقى عن أبي حنيفة رحمة الله عليه في الحربي إذا قال لرحال (في يده: وهؤلاء بني. ومنهم لا يولدون لمتله. قال: يعشرون ويعتقون عليه.

وحكي عن أصحابنا أنه لو قال: هذا كان عبدي أعتقته، أو قال: هذا مدبري لا يصدق.

والمرق أن الظاهر أن ما في يده ملك له، فإذا قال: هذا ولدي أو هذه أم ولدي. والنسب مما يصح ثبوته في دار الحرب كما يصح في دار الإسلام فأثبتنا سبه منه في

(١) انظر الهداية شرح البداية (١٠٥/١) والمبسوط للسرْحسي (١٩٩/٢)، وشعبة الفقهاء (٣١٦/١). وبدائع الصانع (٣٨/٢).

الحال، وهو على إثبات النسب بدعواه فنقذا دعواه، فصاروا ولداً له من حين العلوق في دار الحرب فلا يجب فيه شيء.

وإذا كان أكبر سناً منه لم يجر إثبات النسب، فصار مقررًا بإعتاقه في دار الحرب، وعتقه في دار الحرب لا يفد عند أبي حنيفة، فلم يظهر أنه لم يكن ملكاً إلا أنه أقر بعتقه في الحال ففدناه وأعتقناه.

وكذلك العتق والتدبير في دار الحرب لا يجوز.

ووجه آخر أنه لما دخل دار الإسلام بمال له تحقق له ملك الآن، لأنه لا يفهم عليه، فإذا قال: هذا أبي، أو هذه أم ولدي، فإذا أنفدنا إقراره أنفدنا استيلاذاً منه في دار الحرب في ملك يحدث في دار الإسلام، والاستيلاء المتقدم يسري في الملك المتأخر. وليس كذلك العتق والتدبير، لأنه إما تحقق له ملك في دار الإسلام بدخوله، نعم حدث له ملك حديد وأقر بعتق متقدم عليه، فلو صدقناه لفدناه في ملك متقدم، والعتق المتقدم لا يسري في الملك المتأخر، فلا ينفذ ذلك العتق، فيبقى رقيقاً وقت الدخول فأخذ منه الحق.

فإذا لم يولد لمثله لا يفد استيلاذه والعتق أيضاً، إلا أن إقراره يتضمن عتقه عليه فصدقناه في حقه فعتق عليه.

٦١- إذا استخرج الحربي المستأمن معدناً في دار الإسلام بغير إذن الإمام، كان لبيت المال ولا شيء له.

وإن عمل في المعدن بإذن الإمام أخذ منه الخمس والباقي له.

والفرق أن دار الإسلام في أيدي المسلمين، وهو لعقد الأمان التزم الكف عن أخذ ما في أيديهم، ويد المسلمين ثابتة على الدار، فقد أخذ مالاً مما في أيدي المسلمين فاسترد منه، كما لو أخذ من يد مسلم.

وليس كذلك إذا كان بإذنه، لأن الإمام لما أذن له فقد استأجره لعمل المسلمين، لما رأى فيه من المصلحة، وجعل ما يخرج عمالة له، فصار كما لو استأجره لهم لاستصلاح فنطرة، فإنه يجوز كذلك هذا.

٦٢- وإذا دفن ماله في أرضه حتى خفي عليه موضعه، ومضت عليه سنون ثم وجده فلا زكاة عليه.

ولو دفنه في بيته فنسي موضعه ثم ذكره بعد سنين وحث الزكاة لما مضى.

والفرق أن أرضه ليست بحرر له، بدليل أنه لو سرق منها نصيباً لم يقطع، فصار

المال خارجاً عن يده ونصره، فلا تجب عليه زكاة، كالمال المصوب والدين المجهود.
وليس كذلك المدفون في بيته، لأن بيته حرز له، بدليل أنه لو سرق منه مئزر
يقطع، فصار كما لو سبي في صندوقه أو جيبه تجب فيه الزكاة كذلك هذا.
٦٣- إذا اشترى رجل بدراهم عدداً ولم يور التجارة، لا يكون للتجارة.

ولو اشترى عدداً بعد كان للتجارة كان الثاني للتجارة
والفرق أن العبد للتجارة بدل مال للتجارة، والبديل يسري حكم الأصل إليه، ألا
تري أن بدل مال المضاربة وبديل مال الشركة وبديل حارية المتهمة حكمه حكم المبدل،
لأنه يحلفه ويقوم مقامه، فصار الثاني كالأول، والأول للتجارة كذا الثاني.
وأما الدراهم فليست هي مال التجارة، لأن مال التجارة إذا أعد للمهنة لا تجب
الزكاة، ولو اتخذ من الدراهم حلي وجبت الزكاة، دل أنها ليست بمال التجارة وإنما هي
مال الزكاة، وإذا لم يكن بدل مال التجارة لم تجب الزكاة. وأما الدراهم بالشراء لا يقع
بالدراهم التي تجب فيها الزكاة، لأنها لا تتعين وإنما يقع بمضمون في ذمته، وما في الذمة لا
زكاة فيه، وحكم بدله حكم أصله ولا زكاة في الأصل. كذلك في بدله.

٦٤- إذا وجب في ماله أربع شياه، فأدى ثلاثاً سماً تساوي أربعاً وسطاً جاز. ولو
وجبت عليه أضحيان، فذبح واحداً منهما سبياً يساوي وسطين لم يجز. والفرق أن
المقصود من الزكاة سد الحلة ودفع الحاجة، بدليل أنها وجبت لأجل الحاجة، وسد الحلة
يحصل بالثلاث السمان كما يحصل بالأربع الأوساط فجاز. وليس كذلك الأضحية، لأن
المقصود منها إراقة الدم، بدليل أنه لو تصدق بالعين قبل الذبح لم يجزه، وإراقة دميين لا
يكون معادلاً لدم واحد، فمعنى الاثنين لم يوجد في الواحد فلم يجز، كما لو وجب عليه
عتق رقبتين فأعتق رقبة قيمتها قيمة رقبتين وسطين لم يجزه كذلك هذا. والله أعلم.

«كتاب الصوم»

٦٥- لو أن رجلاً جامع امرأته أو أفطرت بالأكل متعمدة، ثم حاضت أو مرضت
في ذلك اليوم، فلا كفارة عليها.

ولو أنها سافرت في ذلك اليوم فعليها الكفارة^(١).
والفرق أن الحيض ليس من فعلها، بدليل أنها لا تؤمر به ولا تنهى عنه، فعرف بأنه
ليس من فعل آدمي أن صوم ذلك اليوم غير واجب عليها، فلا تلزمها الكفارة، كما لو

(١) انظر المبسوط للسرْحسي (٧٥/٣).

أصحت صائمة ثم أفطرت ثم تبين أنه ليس من رمضان، فإنه لا يلزمها شيء كذلك هذا
وليس كذلك إذا سافرت، لأن السفر من فعلها، بدليل أنه يجوز أن يؤمر به ونهى
عنه، فاهتمت في إنشائه، فصارت بقصد السفر تسقط الكفارة عن شهرها، والسفر لا
يجزئ عن الكفارة فبقيت واجبة عليها

ومن أصحابنا من قال إن في الحيض لا كفارة، وإن في المرض الكفارة
٦٦- إذا احتجم الصائم فطئ أن ذاك أفسد صومه فأكل بعد ذلك متعمداً فإنه
يلزمه الكفارة إذا لم يتأول الخير ولم يفت بالإفطار^(١).
ولو أكل ناسياً فطئ أن ذاك يمطره فأكل بعد ذاك متعمداً، فإنه لا يلزمه الكفارة إذ
لم يبلعه الخير.

والفرق أنه لما أكل ناسياً فقد أفطر على شبهة، فظن في موضع تلبس وتشبه لأن
ما يفسد سائر العبادات لا يختلف الناسي والعامد فيه، كالجماع يفسد الحج ناسياً كان أو
عامداً، والحدث يقض الوضوء ناسياً كان أو عامداً، فإذا ظن في موضع تلبس وتشبه
فصار إفطاراً على شبهة والإفطار على الشبهة لا يوجب الكفارة، كما لو تسحر والفجر
طالع وهو لا يعلم به.

وأما في الحجامة فقد أفطر على غير شبهة، لأن الصوم إما يفسد بما يدخل لا بما
يخرج، فإذا ظن أن صومه قد فسد فقد ظن في غير موضع الظن، فلم يصح شبهة في
سقوط الكفارة فبقيت الكفارة واجبة عليه، فإذا بلغه الخير أو أفتاه فقيه صار ذلك عذراً
فسقطت الكفارة.

٦٧- إذا قال: لله علي أن أصوم شهراً، فإنه لا يلزمه متتابعاً.

ولو قال: لله عليه أن يعتكف شهراً، يلزمه متتابعاً^(٢).

والفرق أنه ذكر الشهر والشهر اسم للأيام والليالي والاعتكاف يصح بالليل كما
يصح بالنهار، فقد ذكر الأيام والليالي وقرنها بما يصح فيهما، فيلزمه متتابعاً الليل والنهار،
كما لو قال: والله لا أكلم فلاناً شهراً، فإنه يلزمه الامتناع عنه متتابعاً، كذلك قوله تعالى:
﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِن نِّسَابِهِمْ تَرِثُوهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٦٦] ثم يدخل فيه الأيام والليالي

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٧٥/٣).

(٢) انظر المبسوط للسرخسي (١٣٢/٣، ١٣٣)، (١٣١/١٥) والمبسوط للشيخاني (٢٩٧/٢)، وراجع
الصائع (١١١/٢).

وليس كذلك الصوم لما ذكرنا أنه ذكر جمعاً من الأيام والليالي وقرنها بما لا يصح فيها لأن الصوم لا يصح بالليل، فكان التمريق من موجب ندره، فصار كما لو صرح به، والتتابع زيادة صفة لم يوجب على نفسه، فلا يؤمر به كزيادة العدد.

٦٨- إذا قال: لله علي أن أصوم رجب متتابعاً، لا يلزمه متتابعاً، حتى إنه لو أفطر يوماً منه لزمه مضاًؤه وحده.

ولو قال: لله علي أن أصوم شهراً متتابعاً، لزمه متتابعاً.

والفرق أن رجب اسم لجميع الشهر، والشهر لا يكون إلا متتابعاً، فلما ذكر التتابع، وصار كما لو قال: لله عليه أن أصوم رجب، ولو قال هكذا ثم أفطر منه يوماً لزمه مضاًؤه وحده كذلك هذا.

وأما إذا قال شهراً، فالشهر عبارة عن ثلاثين يوماً، فصار قوله متتابعاً زيادة صفة فقد أوجب بصفة التتابع، فإذا لم يأت بتلك الصفة بقي الوجوب عليه بحاله كموله: ﴿فَمَنْ لَمْ يَحْذَ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢].

٦٩- إذا قال: لله عليه أن يصوم يوماً، فصامه بنية قبل الزوال (لم يحزه).

ولو قال: لله عليه أن يصوم عدداً، فصامه بنية قبل الزوال حار.

والفرق أن لما أوجبه بنذره معيّن مثلاً من الشرع فانصرف إلى ما له مثال من صوم وقت معين، جاز بنية قبل الزوال وهو صوم شهر رمضان كذلك ما أوجبه بنذره معيّن.

وليس كذلك إذا لم يعين، لأن لما أوجبه (مثلاً من الشرع) وما أوجب الله تعالى من صوم شهر غير معين لا يجوز (إلا بنية من الليل) وهو صوم الظهار كذلك هذا.

٧٠- جاع الناسي يفسد الاعتكاف ولا يفسد الصوم^(١)

والفرق أن الصوم مخصوص من جملة القياس بالخبر، فلا يقاس غيره عليه كالمسح على الحفين، فبقي الاعتكاف على أصل القياس.

وجه آخر وذلك لأن الجماع حالة الاعتكاف من محظورات الاعتكاف لا من محظورات الصوم، بدليل أنه يوجد بالليل فيفسده، ولو كان من محظورات الصوم لكان إذا وجد بالليل لا يفسده كالأكل والشرب، ومحظورات الاعتكاف لا يختلف فيه الناسي

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٨٤/٣) وبدائع الصانع (١١٦/٢).

والعامد كالخروج من المسجد.

وليس كذلك الصوم، لأن الجماع من محظورات الصوم، بدليل أنه لو جامع بالنيل لم يفسد صومه، ومحظورات الصوم يختلف فيه الناسي والعامد كالأكل والشرب.

٧١- إذا قال قائل: لله عليه أن يعتكف شهرًا، أو يصوم شهرًا، فإنه يفتحه أي

وقت شاء.

وبمثل لو قال: لا أكلم فلانًا شهرًا، فإنه يلزمه الامتناع عن الكلام عقيب الحلف.

وكذلك لو أجر داره شهرًا، انعقد على شهر عقيب يمينه.

وافرق أن الصوم إذا وقع في الوقت يسمى الوقت به، لأنه يقال: هذا شهر صومي، فكان ذكره للتقدير لا للعيين كقوله تعالى ﴿فَتَجَرِيرُ رَقَّةٍ﴾ [المجادلة: ٣]

وأما في الكلام فإنه إذا وقع في الوقت لا يسمى الوقت به، لأنه لا يقال: هذا شهر كلامي، وكلمت فلانًا شهرًا مزار ذكر الشهر للعيين لا للتقدير، فلزمه عقيب السب الموجب له، كقوله تعالى: ﴿لَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نَّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ رُبْعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦].

فإن المدة تكون عقيب الإيلاء كذلك هنا.

وجه آخر إنه وجب الحق في ذمته، ولم يوجد ما يوجب تخصيصه بوقت، فكان الخيار في التعيين إليه، كما لو قال: لله عليه أن يتصدق بدرهم، فإنه يتصدق بأي درهم شاء.

وأما في مسألة اليمين شرع في موجب يمينه عقيب اليمين، وهو السكوت والامتناع عن مكالمته، فصار بالشروع فيه كالمعين لذلك الوقت، ولو عين صح تعيينه، كذلك إذا شرع فيه.

٧٢- إذا قالت: لله علي أن أصوم يوم حيضي فلا شيء عليها^(١).

وبو قالت: لله علي أن أصوم غدًا، أو رجب، فحاضت في الغد أو ولدت قبل رجب وهست في رجب، لزمها قضاؤه.

والفرق أن الصوم في حال الحيض لا يصح، فلما أضافت إلى أيام الحيض علمًا أنها لم تقصد الإيجاب، فلم يتعلق بذمها حكم، كما لو أكلت ثم قالت: لله علي أن أصوم اليوم.

وليس كذلك إذا قالت غدًا، لأنها أضافت الصوم إلى الوقت، وقصدت به الإيجاب،

(١) انظر الميسوط للشيخي (٢٤٣/٢) ولسر محسي (٩٦/٣، ٩٨)

لأن الوقت قابل للصوم ويجوز أن تحيص فيه ويجوز ألا تحيص فصيح الإيجاب وعجزت عن الأداء، فلمها القضاء.

وجه آخر وهو أن النذور محمولة على أصولها في الشرع، والشرع قد ورد بإيجاب الصوم المصاف إلى الوقت مطلقاً، فحاز لها أن توجه بذرها، فإذا لم يصح فيه لعدم الحيص قصت، كشهر رمضان.

وإذا قالت: الله علي أن أصوم يوم حيضي فقد أوجبت ما لا مثال له في الشرع، لأن الشرع لم يرد بإيجاب الصوم مصافاً إلى وقت لا يجوز الأداء فيه، فقد ندرت ما لا مثال له في الشرع، فلا يلزمها، كما لو ندرت عيادة المريض.

٧٣ إذا قال: الله علي أن أصوم يوم يقدم فلان، فقدم فلان ليلاً، فلا شيء عليه^(١). ولو قال يوم يدخل عبدي الدار فهو حر. مدخل ليلاً عتق.

والفرق أن اليوم حقيقة لبياض النهار، ويطلق ويرد به الوقت، كقوله تعالى: *وَأَسِرُّوا يُؤْلَهُمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُمْ* [الأنفال: ١٦] والصوم لا يصح إلا بالنهار، فقد اقترن به ما دل على أنه أراد به بياض النهار، وهو إيجاب الصوم، فإذا قدم ليلاً لم يوجد شرط وجوبه. فلا يلزم بالنهار.

وفي مسألة العتق الدخول بصبح ليلاً ونهاراً، فلم يوجد ما يوجب بالنهار، فصار محمولاً على الوقت، وقد وجد الدخول في الوقت فحلت. ويمكن أن يذكر ههنا وجه آخر يذكر في كتاب الإيمان إن شاء الله تعالى.

«كتاب المناسك»

٧٤ - إذا طاف بالبيت وهو عريان لزمه دم.

ولو طاف وعنى ثوبه نجاسة، لا يلزمه شيء، على رواية الأصل^(٢).

والفرق أن الطواف من مقتضى عقد الإحرام، وعقد الإحرام مما لا يسوي وجوده واللبس وعدمه فيه، لأنه لو أحرم وهو لابس لزمه دم، كذلك لا يجوز أن يجعل عدم اللبس كوجوده في مقتضاه وهو الإحرام، ولو قلنا: إنه لا يلزمه شيء جعلنا وجوده وعدمه سواء وهذا لا يجوز.

(١) انظر بدائع الصانع (٨٢/٥).

(٢) انظر البحر الرائق (١٩/٣) وحاشية ابن عابدين (٤٦٩/٢) وبدائع الصانع (١٢٩/٢، ١٣٠).

وشرح فتح القدير (٥٢/٣).

وليس كذلك المحاسة، لأن الطواف من مقتضى عقد الإحرام، وعقد الإحرام مما لا يؤثر المحاسة فيه، ويستوي وجوده وعدمه، بدليل أنه لو أحرم، وعليه محاسة لا بد منه شيء، فإذا حار أن يجعل وجود المحاسة وعدمها بمنزلة في مقتضى الطواف، حار أن يجعل وجوده وعدمه بمنزلة في نفس الطواف، كالمحاسة حال الوقوف. ووجه آخر أن الإحرام يوجب نوع ستر، وهو ستر العورة حال الطواف، ويحظر نوع ستر وهو ليس المحيط، ثم المخطور بعقد الإحرام يستوي فيه الطاهر والنجس، كذلك المأمور به يجب أن يستوي فيه الطاهر والنجس، ولو ليس ثوباً طاهرًا لا يلزمه شيء، كذلك إذا كان نجسًا.

وأما العريان إذا طاف بالإحرام يوجب نوع كشف وهو كشف الرأس والنوح، ويحظر نوع كشف وهو كشف العورة، ثم لو ستر الرأس لرمه دم، ولا يستوي وجود الستر وعدمه، كذلك إذا كشف العورة حال الطواف وجب أن لا يستوي وجوده وعدمه، فلو قلنا: لا يلزمه شيء لسوينا وهذا لا يجوز.

٧٥- الطواف لغرباء أفضل من الصلاة في البيت^(١).

والصلاة لأهل مكة أفضل من الطواف.

(والمرق) أن الصلاة يمكن أداؤها في جميع الأماكن والغريب يمكنه ذلك ويقدر على استدراك فضيلة الصلاة بالبيت بأن يصلي ألف ركعة فتكون قائمة مقام ركعة في المسجد، ولا يمكنه أن يطوف بالبيت في موضع آخر، فليستدرك تلك الفضلة فيما يؤدي إلى استدراك الفضيلتين.

والصلاة أفضل بدليل أن النبي عليه السلام قال: «إن الله تعالى ينزل كل يوم مائة وعشرين رحمة، ستين لمصلين وأربعين للطائفين، وعشرين للناظرين إلى الكعبة»^(٢)، ولأن الطواف مشبه بالصلاة، وما يشبه به أفضل وأكمل من المشبه فكان اشتغافه

(١) انظر الآثار لأبي يوسف (ص ١٢٤).

(٢) رواه ابن حبان في المحروحين (١٢٧/٣) عن ابن عباس مرفوعاً بنحوه. ورواه الطبراني في الكبير (١٢٤/١١)، وفي الأوسط (٢٤٨/٦)، وابن عدي في الكامل (١٦٣/٧) والخطيب في موضح أوهام الجمع والتفريق (٥٥١/٢)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٥٧٢/٢)، وابن أبي حاتم في العلل (٢٨٧/١)، والفاكهي في أخبار مكة (١٩٩/١)، عن ابن عباس بنحوه وقد حسبه السندري (١٢٣/٢)، والمرقعي، وقد أملى فيه السخاوي بمكة جزءاً. كشف احماء للمجنوني (٢) ٥٣٢.

٧٦- وإذا طاف الحاج للزيارة جنباً، وسعى عقيب، ولم يعد السعي يوم الحج، لزمه دم.

ولو طاف محدثاً، وسعى عقيب، ولم يعد السعي فلا شيء عليه.

والفرق أن القص الذي يقع بالحدث أقل من القص الذي يقع بالحجبة، بدليل أنه لو طاف للزيارة جنباً لزمه بدنة، ولو طاف محدثاً لزمه دم، وبدليل أن الجنب مسوع من مس المصحف، ودخول المسجد وقراءة القرآن، وأحدث بحلله، فكثير القص، والحجبة إذا كثرت حاز أن يتعدى محلها، كالنجاسة الكثيرة في الماء إذا وقعت في موضع منها، وكالجنابة إذا رجت مقدار الموصحة تعدت محلها حتى يجب على العاقلة، كذا هذا، وإذا تعدى القص محلها أوجب نقصاً في السعي فصار السعي ناقصاً، فلزمه دم، وأما إذا طاف محدثاً فقد قل القص، والحجبة إذا قلت لا يتعدى محلها، كما دون أرض الموصح لا يتعدى الجاني، حتى لا يجب على العاقلة، كذلك هذا، وإذا لم يتعد محلاً لم يسر إلى السعي، فلم يكن فيه نقصان، فلم يلزمه دم.

٧٧- إذا طاف للزيارة على غير وصوء لزمه دم.

ولو طاف جنباً، فعليه بدنة، إذا لم يُعدها^(١).

والفرق أن الجنبية بالجنب أكثر من الجنبية بالحدث، بدليل ما بينا، وطوافه جنب يوجب نقصاً فيه، وتركه أصلاً يوجب دمًا، فالنقصان فيه أولى ألا يوجب أكثر من دم. وإذا كان محدثاً فقد قل القص فقل الجنب وكثير الجنبية يجبر بدم، فقليله يجبر بصدقة.

٧٨- طواف الصدر واجب على الحاج. ويس على المعتمر طواف الصدر^(٢).

والفرق أن العمرة ركنها الطواف، فلو أوجب فيها طواف الصدر، لصار تع السك مثله، وهذا لا يصح.

وليس كذلك الحاج، لأن الوقوف والطواف ركنان فيه، بدليل ما بينا، ولو أوجنا

(١) انظر الهداية شرح البداية (١/١٦٦). والبحر الرائق (٣/٧٦)، وتحفة الملوك للبراري (ص ١٧٠)، وحاشية ابن عابدين (٢/٥٧٧)، واليسوط للسرْحسي (٤/٣٩)، وشرح فتح القدير (٣/٤٩)، (٥٠) والبدائع (٢/١٢٩، ١٣٣).

(٢) انظر الهداية شرح البداية (١/١٥٠، ١٦٠، ١٦٠) والبحر الرائق (٣/٢٦)، وحاشية ابن عابدين (٢/٥٠٠).



الفروق في الفروع

٨٦

فيها طواف الصدر، لصار تع السك دونه، وهذا جائز.

وفرق آخر أن المعتمر لا يلزمه طواف القدوم، فلا يلزمه طواف الصدر وأما الحاج فيلزمه طواف القدوم، فجاز أن يلزمه طواف الصدر كل واحد منهما طواف، وليس بركن.

٧٩- إذا وقف الحاج بعرفة ولم ينو الوقوف ولا العبادة، أجزأه.

ولو عدا خلف غريم له حول البيت، لم يقع عن الطواف ما لم ينو.

والفرق أن الوقوف ركن يقع في نفس الإحرام، فنية الحج تشتمل عليه ما لم يقتصر إلى تجديد نية كالركوع في الصلاة.

وأما الطواف فيقع خارج العادة فلا يشتمل عليه نية الإحرام، فلذلك افتقر إلى النية.

٨٠- إذا ترك في اليوم الثاني رمي جمره العقبة، فعليه صدقة.

وفي اليوم الأول إذا تركه، لزمه دم.

والفرق أن في اليوم الأول لا يرمي إلا جمره العقبة، فإذا لم يرمها، فقد ترك جميع الرمي في ذلك اليوم، فله دم.

وفي اليوم الثاني شرع ثلاث رميات، فإذا ترك واحداً ترك ألقها، وفي جميعها دم، ففي ألقها صدقة.

٨١- إذا رمى عن المريض ولم يكن حاضراً الرمي جاز.

ولو طيف عنه، ولم يكن حاضراً، لم يجز.

والمرق أنهم أجمعوا على أنه لو وضع الحجر في يده. وحرك يده حتى رماها، فإنه يجوز، والفعل هنا يكون للمحرك، بدليل أنه لو أصاب إنساناً فشججه صمى المحرك، فدل على أنه يجوز أن يقع فعل غيره عنه، وحضور المريض ليس بواجب بدليل أنه لو وقف من بعد وأوقع الحصى في الرمي جاز وإذا لم يكن حضور الرمي عنه واحداً في فعل غيره وقع له فحار، كما لو حضر ورمى غيره عنه.

وليس كذلك الطواف، لأن حضور المرافق واجب عليه بدليل أنه لو دار حول مكة لم يجز، فإذا طيف عنه وجب ألا يجوز.

٨٢- ليس على النساء حلق ولا رمل.

ويؤمر الرجال بالخلق والرمل^(١).

والمرق أن الخلق في النساء مثله، وفي الرمل لا يؤمن إظهار عورتها، والعادة لا تبيح المثلة وإظهار العورة.

وأما الخلق في الرجال ليس بمثلة، ولا يؤدي فعله إلى محذور، وهو كشف العورة. فجاز أن يؤمر به، ألا ترى أنه يجاني عضويه عن حنييه حالة الركوع، ولا ينصق بطنه بفحذه حانة السجود، بخلاف المرأة، كذلك هذا.

٨٣- محرم حفر بئرًا للماء في مفازة، موقع فيه صيد لا يهرم.

ولو حفر في ملك نفسه للصيد، غرم.

ولو حفر لا للصيد، فوقع فيها صيد، لا يهرم.

والفرق أنه ليس له حفر الشر لإتلاف الصيد، لأنه سبب إلى إتلافه فصار متعديًا، فقد تعدى في السبب وأدى ذلك إلى إتلاف الصيد فغرم، كما لو حمل على صيد.

وليس كذلك إذا حفر للماء، لأنه لم يتعد في السبب، لأن له أن يحفر الشر للماء، وإذا لم يتعد في السبب لم يضمن ما يتلف به، كما لو بنى في ملكه بناء فوق على صيد فتكسر ومات لم يضمن، كذلك هما.

٨٤- المحرم إذا قتل قملة، تصدق بشيء ولو نورة.

ولو قتل برغوثًا لا يلزمه شيء^(٢).

والفرق أن البرغوث يتولد من الأرض، فهو من هوائ الأرض، فصار كالعقرب.

وأما القملة فإنها تتولد من البدن، فصار كما لو أزال جزءًا من بدنه، لينزل به الأذى أو أزال الشعث لرمه التصديق بشيء، كذلك هذا.

٨٥- إذا رمى طائرًا على غصن شجرة، أصبه في الحل أو في الحرم، لم ينظر إلى أصله، وينظر إلى موضع الطائر فإن كان الغصن في الحرم وجب الجزاء، وإن كان في الحل لا يجب.

ومثله لو قطع عصيًا من شجر الحرم، فإنه ينظر، إن كان أصله في الحرم ضمن، وإن كان أصله في الحل لم يضمن.

والفرق أن الطائر حيث اعتماده، واعتماده على الغصن بدليل أنه لو قطع الغصن بقي هو

(١) انظر بدائع الصالحات (١٤١/٢)، والدرية في تخريج أحاديث الهداية (٣٢/٢)، وتلخيص الحبير (٢٦١/٢).

(٢) انظر الجمع الصغير للشيباني (ص ١٥٣).

في الحل وسقط فيه، ويجوز بقاؤه في الهواء أيضًا بعد قطع الغصن، فإذا كان الغصن في الحل صار من صيد الحل، وإن كان في الحرم صار من صيد الحرم. وأما الغصن فلا الغصن حيث اعتماده، واعتماده على أصل الشجرة بدليل أنه لا قطع أصل الشجر سقط الغصن أيضًا، فلا يجوز بقاؤه في الهواء بعد قطع أصله، واعتبر الأصل، فإن كان الأصل في الحرم، صار من شجر الحرم، فعزم وإن كان في الحل، صار من شجر الحل، فلا يفرم.

٨٦- إذا أدخل صيدًا في الحرم من الحل، صار من صيد الحرم.

ولو أدخل شجرًا من الحل وأنبته، لم يصر من شجر الحرم^(١).

والفرق أنا لو أوجس في الشجر الجراء لأوجبنا تحريمه بفعله، وهو إدخاله في الحرم، وفعله لا يجوز أن يكون سببًا في تحريم الشجر كما لو أحرم فإنه لا يحرم عليه قطع الشجر، كذلك هذا.

وليس كذلك الصيد، لأننا لو أوجسنا عليه الجراء إذا أدخله في الحرم وقتله لأوجبنا عليه بفعله، وفعله يجوز أن يكون سببًا في تحريم الصيد، كما لو أحرم فإن الصيد يحرم عليه كذا هذا.

ووجه آخر أن النبي عليه السلام أضاف الشجر إلى الحرم فقال: «لا يختلي خلاها ولا يعضد شوكها»^(٢) فلا يخلو إما أن تكون الإضافة إليه لإنات الحرم إياه، أو لكونه في الحرم. ولا يجوز أن تكون إضافته لكونه في الحرم، لأننا أجمعنا على أنه لو أدخل الشجر في الحرم وأخرجها ولم يفرسها لم يجب عليه الجراء، فدل على أنه ليس بإضافة كونه في الحرم، وإنما هو إضافة إنبات الحرم وهذا إذا غرسها، فلم يوجد إنبات الحرم، فلا يجب فيه الجراء.

وأما الصيد فالنبي عليه السلام أضاف الصيد إلى الحرم فقال: «لا يفر صيدها»^(٣) فلا يخلو إما أن تكون الإضافة إليه لولادته في الحرم، أو لكونه فيه ولا يجوز أن يكون لولادته، لأنه لو ولد في الحرم ثم خرج بنفسه إلى الحل لا يحرم قتله، فدل أن النبي عليه

(١) انظر البحر الرائق (٤٣/٣) وحاشية ابن عابدين (٥٧٣/٢) والمسوط للسرعي (١٠٣/٤) والبدائع (١٤١/٥)، والهداية (١٦٣/١)، والمسوط للشيباني (٤٥٨/٢).

(٢) رواه أحمد في المسند (١٩٩/٣) وأبو داود (٢١٦/٢)، والسنائي (٢١١/٥)، والدارمي (٣٤٤/٢). وانظر الدرر النجاة للحافظ (٦٤/٢)، ونصب الراية (١٤٣/٣).

(٣) رواه البخاري (٦٥١/٢)، (١٥٦٧/٤).

إسلام إنما أضاعه إليه، لأن الحرم حواه، فإذا أدخله الحرم فقد حواه الحرم، ويجب أن يصير من صيد الحرم. فإذا قتله وجب الجزاء.

٨٧- محرم قتل بازياً معلماً، وعيه قيمته غير معلّم.

ولو قتل بازياً معلماً لإنسان، غرم قيمته له معلماً، كذلك لو قتل مصوّتة، غرم قيمتها لصاحبها مصوّتة. ولو قتلها في الحرم، غرم قيمته غير مصوّتة.

والفرق أن في صيد الحرم إنما يصن كفاية لحق الله تعالى، والتعليم لا يتقوم في حق الله تعالى، كما لو قتل عبداً كاتماً أو عالماً فإنه لا يعرم إلا كفاية عبد غير عالم، كذلك هذا.

وأما إذا كان لأدمي فالواجب عليه المثل من حيث المعنى وهو القيمة، والتعليم يتقوم في حق الأدميين، كما لو قتل عبداً كاتماً أو عالماً لإنسان، غرم قيمته عالماً، كذلك هذا.

٨٨- لو أن رجلاً أخرج ظبية من الحرم، فولدت أولاداً، ثم ماتت هي وأولادها في الحل، غرم قيمتها وقيمة أولادها.

ولو أدى حراها بعد ما أخرجها من الحرم قبل أن تلد، ثم ولدت، فماتت هي وأولادها لم يكن عليه شيء في الأولاد.

والفرق أنه لما أخرجها من الحرم وجب عليه إرسالها، فتعين حق وجوب الإرسال في الأم، فسرى إلى الولد، كالتدبير والاستيلاد، فصار مطالباً من جهة الله تعالى في كل لحظة بالإرسال، فصار مانعاً بعد الطلب، فدخلت الأم وأولادها في صمائه، كما لو عصب حاروة، فولدت فطلبها صاحبها، فمنع، ضمن قيمتها وقيمة ولدها عند التلف، كذا هذا.

وأما إذا كفر فقد برئ عن ضمان الأم، فلم يبق في الأم حق الضمان، فلا يسري إلى الولد، كما لو ردها إلى الحرم، ثم مات الولد في الحرم، فإنه لا يعرّم شيئاً، كذلك هذا.

٨٩- حلال أخرج ظبية من الحرم وجب عليه رده، فلو باعه حار بيعه.

وبمثل رجل غصب من إنسان عبداً وجب رده على صاحبه، فلو باعه لم يجز بيعه. والفرق أنه وحده ما يوجب الملك، وهو ثبوت اليد على الصيد في الحل وحصول الملك، فقد وجد قبل وجود الرد إلى الحرم معي أوجب الملك، فصادف بيعه ملكه فجاء، وإن كان حق الله تعالى فيه ثابتاً، كما لو اكتسب على وجه محظور فإنه يحوز بيعه وإن وجب التصرف به، كذا هذا.

وليس كذلك العصب لأنه لم يوجد بعد أخذه من يده ما يوجب له ملكاً فيه مصادف بيعه ملك غيره، فلم يجر البيع.

٩٠ - المعتسر إذا جامع بعد ما طاف أربعة أشواط فعليه دم. والحاج إذا طاف أربعة أشواط بعد ما قصر ثم جامع فلا شيء عليه. والفرق أنه لما طاف للحج أربعة أشواط فقد أتى بمعطيه، ومعظم الصواف يقوم مقام الكل، فصار كما لو أتى بالكرك، فوقع الجماع في حال التحلل فلا يلزمه شيء. وأما المعتسر فلا يحل إلا بعد الحل، والحلق يكون بعد الطواف والسعي، فصادف وطؤه حال بقاء الإحرام، فحار أن يلزمه دم.

٩١ - إذا جامع بعد الوقوف فأهدى حروراً، ثم جامع بعد ذلك، فعليه شاة، ولا يجب بدنة^(١).

ولو جامع في شهر رمضان ثم كفر، ثم جامع لزمه كفارة أخرى على ظاهر الروايات. والفرق أن الجماع الأول لا يهتك حرمة الإحرام، وإنما صار جانباً فيه مع بقاء حرمة، بدليل أنه لا يجب القضاء، فلم ينجس ذلك النقص بالكفارة فصار كما لو لم يكفر.

وليس كذلك الصوم، لأن الجماع الأول هتك حرمة الصوم، بدليل أنه يجب لقضاء، فالكفارة تجبر ذلك النقص، فعادت الحرمة كاملة، فأوجب من الكفارة مثل ما أوجه الأول.

٩٢ - إذا قُتل المحرم امرأته بشهوة من غير إنزال، وجبت عليه الكفارة وهو دم. ولو قُتل الصائم ولم يرل، لم يجب القضاء.

والفرق أن التقبيل للشهوة من ذواعي الجماع، فإذا باشره المحرم لزمه الكفارة كالطيب، وإذا باشره الصائم لا يجب عليه القضاء كالطيب، ولأن التقبيل للشهوة أحد شبهة من الأصلين، شبه الجماع من حيث إنه يوجب حرمة المصاهرة، وشبه النظر من حيث إنه لا يتعلق به نقض الطهارة، فتوفر حظه من الشبهين، ولشبهه بالجماع، قلنا يلزمه الكفارة، ولشبهه النظر قلنا: لا يفسد الحج، ليكون فيه توفير حظه من الشبهين، وكفارات الحج لا تسقط بالشبهة، ولا يحتال لإبطالها فأوجبنا الكفارة احتياطاً، ألا ترى أنه بالدلالة

(١) انظر الحجة للشيباني (٢٩٧/١)، وعمون المعهود (١٤٩/٦)، والدرية تحريج الهداية (٢٧٩/١)

بغرم ما يغرم بالمشارة، وإن كانت المشارة أكد في الحماية منها.

وأما في الصوم فإنه يحتال في عدم إيجاب الكفارة والقضاء، فحملنا حكمه أكد فقلنا: ما لم يتصل بالإتزال لا يلزمه القضاء.

٩٣- إذا أذهن المحرم شقاق رجله أو جرحه برئت، فلا شيء عليه على طاهر الرواية.

ولو داوى جرحه وألزم عليه طبيباً، فعليه أي الكفارات شاء إذا فعل مراراً وفي مرة واحدة صدقة.

وافتقر أن شقاق الرجل ليس بمحل الطبيب، والبرئت ليس بطيب في نفسه، ولا يقصد هذا الموضع بالطبيب، فلم يكن متطيّباً، وصار متداوياً.

وأما الطبيب في نفسه طيب فلا يراعى قصده إلى التطيب، فعلى أي وجه وحد فقد تطيب فصار متطيّباً، فلزمته الفدية.

٩٤- إذا بعث المتطوع هدياً يهديه مقلداً ثم خرج لم يصير محرماً، وإذا أدركه صار محرماً وإن لم ينو الإحرام.

والقارن يصير محرماً حين يخرج.

والفرق أن لخروجه تأثيراً في وجوبه، بدليل أنه لو لم يخرج إلى الفراء والتمتع لا يلزمه الدم، فإذا أثر خروجه في وجوبه أثر وجوبه في إحرامه، كما لو ساقه مع نفسه.

وليس كذلك المتطوع، لأن خروجه لا يؤثر فيه، لأنه لو لم يخرج وذبح وقع ذلك عن المتطوع كما لو نوى، وإذا لم يؤثر خروجه في وجوبه لم يؤثر وجوبه في إحرامه، فاستوى وجوده وعدمه ولو عدم لا يصير محرماً، كذلك إذا وجد.

ووجه آخر أن لهدي المتعة والقارن أثراً في بقاءه محرماً في الانتشاء، لأن المتمتع إذا فرغ من فعل العمرة وقد ساق الهدي لم يجز له التحلل فحاز أن يكون له تأثير في الانتداء.

وأما المتطوع فليس له أثر في بقاءه محرماً في الانتشاء فكذلك في الانتداء، إلا أنه إذا أدركه صار كأنه ساقه في تلك الحالة مع نفسه، فيجعل للقاء حكم الانتداء فيصير محرماً.

٩٥- ذبح الشاة والبقرة أفصل^(١). وبحر الخزور أفصل.

والفرق أن عروقه في المنحر أجمع، فكان قطعه أسهل وأيسر، فكان أفصل.

(١) انظر المسبوط للشيباني (٢/٣٧٧).

وفي الشدة والفرقة عروقتها في المذبح أجمع، فكان في نحره إيصال ألم رائد إليه مكان دبحه أسير عليه، فكان أفضل.

٩٦- لو أوصى أن يحج عنه رجل بعيه أو بغير عيه، وأوصى لأناس كثير بوصايا أكثر من الثلث، قسم المال بينهم بالخصص يصرف فيه للحج بأدى ما يكون من نفقة الحج

ولو أوصى فقال: أحجوا فلاناً حجة، ولم يقل عني ولم يسم كم يعطى، قال: يعطى قدر ما يحج به، وهو نفقة وسط.

والفرق أنه لما أوصى لأناس كثير فقد تيقنا بوجوب حصص أرباب الوصايا، وتيقنا بوجوب أدنى النفقة للحج، وشككنا فيما راد عليه، فلو نقصنا من حصة أرباب الوصايا بالشك لأطلقنا اليقين بالشك، وهذا لا يجوز.

وليس كذلك إذا قال: أحجوا فلاناً حجة ولم يقل عني، لأننا لم نتيقن بوجوب شيء لأحد من حجة الميت، والوصية بالحج وصية بدفع مقدار نفقة الحج إليه، وإذا يكثر ويقل، فلو أخذنا بالأقل لحسنا بحق الموصى له، ولو أخذنا بالأكثر لبخسنا بحق الورثة، فأوجنا الوسط، وإيجاب الوسط لا يؤدي إلى القصاص بالشك عن مواجهة متيقن بثبوت حقه، فجار أن يوجب.

٩٧- لو أوصى وقال: أحجوا فلاناً حجة، ولم يقل عني ولم يسم كم يعطى، قال: يعطى مقدار ما يحج به نفقة حج وسط، وله أن لا يحج به.

ولو قال: أحجوا فلاناً عني حجة، فإنه يعطى مقدار نفقة الحج، وليس له أن لا يحج به.

والفرق أنه إذا قال: أحجوا فلاناً، ولم يقل عني كان هذا أيضاً بدفع النفقة ليصرفه إلى الحج، فقد أوصى له بوع نفقة وأشار عليه بإشارة، فاستحق النفقة وبطلت الإشارة، كما لو قال: ادفعوا إلى فلان ألف درهم ليفقه على عياله دفع إليه ليفعل ما شاء، كذلك هنا.

وأما إذا قال: عني، فقد أمره بأن يدفع النفقة إليه ليصرفه في حجه عنه ويعود نفعه إليه، فإذا لم يحج عنه لم يعد نفعه إليه فلم يفعله على الوجه الذي أمر به فلم يجر.

٩٨- عند دخول مكة مع مولاه بغير إحرام، ثم أدن له فأحرم بالحج، وإن عليه إذا عتق دماً لترك الوقت.

بحلاف الصراحي إذا دخل مكة ثم أسلم، والصحي إذا دخلها ثم بلغ، فليس عليهما شيء.

والفرق أن العبد يحط بالعادات، وكذلك يخاطب بالإحرام عند مجاوزة المسقات. وإذا لم يفعله لزمه دم، والعبد لا يملك إراقة الدم في حال الرق فتأخر إلى وقت اعتق. وليس كذلك الصبي والكافر، لأهمهما غير مخاطب بالعادات، فكذلك في الإحرام، فلم يصيرا حايين بمجاوزة الميقات، فلا يحب عليهما الدم.

٩٩- إذا أحرم الصبي ثم بلغ فحدد إحرامه قبل أن يقف بعرفة، يحزنه حيث عن حجة الإسلام^(١).

والعبد إذا أحرم ثم عتق فحدد الإحرام لا يجرى عن حجة الإسلام.

والفرق أنا لو منعنا الصبي عن المسخ لأوجبنا عليه حقاً لله تعالى بعقده، والصبي لا يجب عليه حق لله تعالى بعقده، كما لو حلف لا يلزمه الكفارة بحننه، وحده مسخه، وإذا صح مسخه فإذا أحرم ابتداء عن حجة الإسلام وقع عهده، كما لو لم يحرم قبل البلوغ.

وليس كذلك العبد لأننا لو منعناه عن المسخ لأوجبنا لله تعالى عليه حقاً بعقده، وهذا جائز، كما لو حلف وحنث لزمه الكفارة، كذا هذا، فلم يجر له فسخ الحج ولم يتحدد بإحرامه شيء، فبقي الإحرام الأول، فصار كما لو لم يعتق.

١٠٠- إذا أرسل كلبه على صيد في الخل فطرد الكلب الصيد حتى قتله في الحرم، لم يكن عليه جزاؤه.

ولو رمى في الخل إلى صيد في الخل فأصابه في الحرم فقتله فعليه جزاؤه.

والفرق أن الرمي فعل مباشرة، بدليل أنه يتصل قوته به فيختلف باختلاف قوته، ولو رمى إنساناً فمات، وجب عليه القصاص، فصار كما لو باشر القتل بده.

وليس كذلك إذا أرسل الكلب، لأن فعل الكلب ليس بفعل مباشرة، بدليل أنه لو أرسل كلبه على إنسان فقتله لا يجعل كالفاتل بيده حتى يجب القصاص، ولا يتصل قوته، وإنما هو سب فيه، فإذا كان متعدياً في ذلك السب وجب الضمان، وإلا فلا، كما لو حفر بئراً، فإن كان متعدياً في الحفر ضمن، وإلا فلا، كذا هذا.

«كتاب النكاح»

١٠١- قابوا في التي لها الخيار في البلوغ: إذا اختارت الفرقة عند الإدراك لم تقع المرقاة إلا بقضاء قاص.

والمحيرة، والمعتقة، وهي تحت زوج، متى اختارت نفسها في غير مجلس انقاضي،

(١) انظر البدائع (٢/٢١٦) وحاشية ابن عابدين (٢/١٢١).

وقعت العرق بينهما^(١).

والفرق أن خيار البلوغ ليس بخيار تملك، لأنها لا تملك بعد البلوغ شيئاً لم يكن من قبل، بدليل أن هذا الخيار لا يتوقت بالمجلس، فدل على أنه ليس بخيار تملك، وإنما هو خيار نقص، لأنه وجب لنقص في ولاية العاقد بعد تمام العقد، والخيار إذا ثبت لنقص بعد تمام العقد اختص بمجلس القاضي أو بالرصاص، كالمبيع إذا وجد فيه عيب بعد النقص. وليس كذلك خيار المحيرة والمعتقة، لأن ذلك الخيار إما هو خيار تملك لا خيار نقص، لأن ملك المولى وولايته كان تاماً وقت العقد، وهي تملك بعد العقد ما لم تكن مالكة له قبل ذلك، وهو يدل بضعها، وبدليل أنه يختص بالمجلس، وخيار التملك لا يختص بقضاء القاضي، كخيار القبول.

١٠٢- وإن زوجت ابكر وهي صغيرة فلغت فمضى بعد العلم شيء قبل أن تختار لم يكن لها الخيار بعد ذلك، ولا يمتد خيار البلوغ مقدار المجلس^(٢).

وخيار الطلاق والعناق يختص بالمجلس، ولا يطل بمضي جزء من المجلس، إذا لم يطل خياره بمعنى من المعاني.

والفرق أنها إذا كانت بكرًا فلغت فسكت في المجلس، فسكوته رضا منها في الشرع، بدليل ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «صمتها إقرارها» وروي «إذنها صماتها»^(٣).

وأما في الطلاق فلم يجعل سكوتها بمنزلة الرضا، فوقف على وجود ما يوجب بطلانها من جهتها في المجلس ومفارقة المجلس كخيار القبول.

١٠٣- ولو قال الولي للبكر إني أريد أن أزوجك فلاناً، فقالت غيره أولى منه، لم يكن ذلك إذناً^(٤).

ولو زوجها ثم أخبرها، فقالت: قد كان غيره أولى منه، كان إجازة.

والفرق أنه إذا استأمرها في الابتداء، فقد أخبرت أن من رأيها غير ذلك العقد، فلم تصر راضية بذلك العقد، فلا يعقد عليها.

وليس كذلك إذا عقد، لأنها أخبرت أن من رأيها غير ذلك العقد، وسكتت عن رد

(١) انظر المبسوط للسرْحسي (١٠٢/٥)، ونجمه الفقهاء (٢٢٧/٢)، وبدائع الصنائع (٢١١/٣).

(٢) انظر المحرر الرائق (١٣٦/٤)، وحاشية ابن عابدين (٤٨٢/٧)، والمبسوط للسرْحسي (١٠٢/٥).

(٣) رواه البحاري (٢٥٥٦/٦)، وانظر بيل الأوطار (٢٥٣/٦).

(٤) انظر بدائع الصنائع (٢٤٣/٢).

هذا العقد مع انعقاده، فمعد عليها

١٠٤- إذا كتب الرجل إلى المرأة بأن زوجيني هلك، فقرأت الكتاب بين يدي الشهود وأعلمتهم بما في الكتاب، وقالت: زوجت نفسي منه. حار، وهو لم يعلمهم ما في الكتاب لم يجر^(١).

وفي البيع لو كتب إلى آخر: بأن بعني عبدك، فلم يعلمهم ما في الكتاب، حار إذا قال بعته منك.

والفرق أن كتابه يعبر عنه، فصار كحضوره، ولو كان حاضراً فقالت: زوجت. ولم يسمع الشهود كلامهما لم يجر، لأن النكاح لا يصح إلا بشهود، ولو قال بعث ولم يسمع الشهود كلامهما جاز، إذ البيع يجوز من غير شهود، وكذلك هذا.

١٠٥- قال في الأصل: لو كتب إليه بعني عبدك، فقال: اشهدوا أبي قد بعته. كان ذلك جائزاً، ولم يشترط قوله.

ولو كان حاضراً فقال: بعني عبدك، فقال: بعته. لم يجر حتى يقول: قبلت. والمرق أن قوله: بعني طلب للبيع، والعادة جرت أن الإنسان يساوم الشيء، ليتروى فيه، وينظر إذا كان المشتري حاضراً في المجلس، والشرع ورد به قال النبي عليه السلام: «المتبايعان بالخيار ما دام في المجلس» وقد دللنا أن المراد به المساومان فإذا قال بعث صار الموجود أحد شقي العقد، فما لم يقل قبلت لا يصير عقداً.

وليس كذلك إذا كتب، لأن العادة جرت بأن الإنسان لا يساوم بالكتاب، وإنما يتروى ويتأمل ويتدبر فيه ثم يشتري، كما أن العادة جرت بأن الإنسان لا يساوم في النكاح، وإنما يتروى ويتفكر ويتدبر ثم يخطب، فلم يجعل قوله طلباً للعقد، وإنما جعل شقاً له، فإذا قال: بعث تم العقد وجاز، كما لو قال: زوجيني، فقالت: زوجت، فإنه يجوز وإن لم يقل قبلت، كذلك هذا، فجعل الكتاب في البيع كالخطاب في النكاح للمعنى الذي أشركا إليه.

١٠٦- سكوت البكر يكون رضا بالعقد^(٢).

وسكوت الغلام البكر والمرأة الثيب لا يكون رضا بالعقد.

والفرق أن الشرع جعل سكوت البكر رضا لأجل الحياء بقوله عليه السلام:

(١) نظر البحر الرائق (٨٩/٣)، والمبسوط (١٦/٥)، وشرح فتح القدير (١٩٨/٣).
(٢) انظر البحر الرائق (١٢٢/٣)، والهداية (١٩٩/١)، وحاشية ابن عابدين (٥٠/٧)، والمبسوط (١٣٠/٣١) وشرح فتح القدير (٢٧٠/٣)، والبدائع (٣١٦/٢).

«سكوتها رضاها وصمتها إقرارها» لأنها تستحي. والبكر تستحي من المشاورة في أمر بضعها، فحعل سكوتها رضاها.

ولا تستحي الثيب من المشورة ولا الغلام، فلم يجعل سكوتها رضا ولا يقتصر على سكوتها، لعدم العلة.

١٠٧- إذا كان أبو البكر كامراً أو عبداً فزوجها، وسكنت وهي مسلمة، لا يكون سكوتها رضاها. ولو كان حراً مسلماً كان سكوتها رضا.

والفرق أنه لا ولاية للأب الكافر والعبد، فلو نفذ عقده عند سكوتها لكانت وكالة، والتوكيل لا يعقد بالسكوت، كما لو زوجها أجنبي فسكنت، وأما الأب المسلم فله ولاية عليها والترويج حق لها عليه، ألا ترى أنه لو عضلها أجبر عليه، وإذا أوفاهها حقها الذي لها عليه فسكنت كانت راضية به، كما لو كان لرجل على رجل آخر دين فأوفاه، وسكت وتناول صار قابضاً، كذا هذا.

١٠٨- إذا قالت الصغيرة بعد البلوغ: قد كنت احترت نفسي حين بلغت، لم تصدق إلا بية.

وروج البكر إذا قال: قد رضيت، وقالت هي: لم أرض، فإنها تصدق. والفرق أن العقد على البكر لا يصح إلا برضاها، فإذا قالت: لم أرض، فهو يدعي عليها الرضا، وهي تنكر، والقول قولها، كما لو ادعى عليها بيع شيء من مالها، وهي تنكر.

وليس كذلك الصغيرة إذا بلغت، لأن العقد قد نفذ عليها، والظاهر بقاء العقد، فهي تدعي الفسخ خلاف الظاهر، فلم تصدق، والقول قوله.

١٠٩- إذا انتسخت المرأة إلى قبيلة، فوجدها الزوج دونها، ليس له الخيار في فسخ العقد

والزوج إذا انتسب إلى قبيلة، فوجده دونها، فلها الخيار.

والفرق أن نسب الزوج مقصود ومرغوب بعقد النكاح، لأن الولد ينتمي إليه، فإذا كان دنياً لحقته الغصاة وقد فوت عليها عرضها ومقصودها، فثبت لها الخيار، كما لو وجدته غنياً.

وأما المرأة فإن نسبها غير مقصود، ألا ترى أن الولد لا ينسب إليها، ولا يعبر الرجل بكون امرأته دونه في النسب، ألا ترى أنه لا يثبت لأولياته الاعتراض عليه، ولم تفوت مقصوده، فلا يثبت له الخيار.

أو تقول وإن كان ذلك مقصودًا فموتة عساها، ووجود المصباح يملكه له لا يوجب الحيار، كما لو وجدها شوها أو قرناء أو عقلاء

١١٠ - حرية كتابية زوجت نفسها من رجل في دار الإسلام، صارت ذمية

والحرية إذا تزوج ذمية في دار الإسلام، لا يصير دميًا.

والفرق أن المرأة في قهره وتحت حكمه ولزمها المقام حيث هو، وهو من أهل دار

الإسلام، فقد التزمت المكث معه في دارنا إلى غاية، فصارت ذمية.

وليس كذلك الرجل، لأنه لا يلزمه المكث حيث تكون المرأة ولا هو تحت قهرها،

فلم يلتزم المكث في دارنا إلى غاية، لأن له أن يطلقها ويذهب حيث شاء وكذلك لو لم يفتن.

فصار كما لو لم يتزوج ولو لم يتزوج لا يصير ذميًا، كذا هذا.

١١١ - ليس في المهر حيار الرؤية بحلاف المبيع

الفرق: لأنه لا يستدرك بالرد، بدلالة أنه عند الرد يرجع عليه بالقيمة، والعين أعدل

من القيمة، فلم يستدرك بالرد بدلاً، فلا يكون له الرد.

وأما في المبيع فإنه يستدرك بالرد بدلاً لأنه يرجع بالثمن، فكان في الرد فائدة محار

أن يرد.

١١٢ - إذا أصاب المهر عيب في يدي الزوج بفعله، ثم طلقها قبل الدخول، فيها

الحيار، إن شاءت أخذت نصفه ناقصًا وضمنته القصاص وإن شاءت تركته وصمته نصف

القيمة.

ولو أصاب المهر عيب في يدي المرأة بفعلها ثم طلقها قبل الدخول مله أن يأخذ

نصفه ناقصًا ولم يضمنها القصاص، وإن شاء ضمنها نصف القيمة وترك في يدها^(١).

وافرق أن المرأة ملكت المهر في يد الزوج، فإذا جنى فقد جنى على ملكها، وهو

مضمون في يده ضمان عقد، والأوصاف فيما هو مضمون ضمان عقد يضمن بالإتلاف

والجناية وإن لم يضمن بالتلف، كالمبيع إذا جنى عليه البائع قبل التسليم.

وليس كذلك إذا جنت المرأة، لأنها ملكت المهر بالعقد وتم ملكها بانقضاء، فإذا

جنت عليه قبل الطلاق فهذه جناية منها على ملكها، وجبايتها على ملكها هدر، فصار

كما لو لم يكن، وكذلك بعد الطلاق قبل الرد ملكها باق في المهر، بدليل أنها لو أعتقه

(١) انظر البحر الرائق (٢٢٩/٣).

(٢) انظر البحر الرائق (١٥٥/٣)، والسناع (٣٢٣/٢).

بعد عتقها، والزوج لو اعتقه لم ينفذ، فصادت جنايتها ملكها فكانت هراً، وصار كما
لو لم يكن أو فات بأفة ساءية.
١١٣- إذا قبضت المهر ثم طلقها والمهر في يدها، فأعتق الزوج نصف المهر له

يعتق.

ولو كان في يد الزوج فإذا طلقها ثم اعتقها نفذ.
والفرق أن الملك للمرأة، والطلاق قبل الدخول يفسد ملكها فيه، ولا يفسخ
العقد، لأنه لو فسخ العقد لوجب أن يعود جميعه إليه، كالبيع إذا فسخ، فلما لم يعد دل
على أن الطلاق يفسد ملكها، ولأن ملكها تام قبل الطلاق، والملك التام لا يفسخ إلا
بقضاء أو برضا، كالبيع إذا وجدته المشتري معيماً فبقي ملكه فيه، إلا أنه فسد، بدليل أن
الزوج يقدر على ارتجاعه بغير رضاها، فصار بصفه في يدها على ملك فاسد، فصار
كالمشتري شراءً فاسداً، فإذا أعتقت نفذاً عتقها فيه.
وإن كان في يد الزوج فالملك لها، وبالطلاق فسد ملكها فزالت يدها فصار
كالمشتري شراءً فاسداً، إذا حصل في يد البائع زال ملك المشتري، كذلك هذا، فقد أعتق
ما لا يملك فلم يحز.

١١٤- إذا قال تروحتك على هذه الدار على أن اشتريها فأسلمها لك كان لها أن
تأخذه بها حتى يسلمها لها فإذا اشتراها أجبر على تسليمها إليها.
ومثله لو باع دار العير بشرط أن يشتريها فيسلمها له فملكها لا يجبر على
تسليمها إليه.

والفرق أن هذا نكاح وشرط، وقال النبي عليه السلام «إن أحق ما أوفيتم به من
الشروط ما استحللتم به الفروج»^(١) وهذا الشرط قد استحل به الفرج، فلزمه الوفاء به
وليس كذلك البيع، لأنه بيع وشرط، والنبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط.
وجه آخر أن موجب التسليم في باب النكاح يبقى مع استحقيقه وفوت التسليم
فيه، لأن الموجب لتسليمه عقد النكاح، وعقد النكاح لا يبطل باستحقاق المهر وفوت
التسليم فيه ألا ترى أنه لو تزوج امرأة على عبد فمات لزمه تسليم قيمته لبقاء العقد فيه،
ففوته لم يمنع بقاء العقد، ووجوب تسليمه لم يمنع صحة تسميته، ووجوب تسليمه ابتداءً.

(١) رواه البخاري (٩٧٠/٢)، (١٩٧٨/٥)، ومسلم (١٠٣٥/٢). وانظر اختلاف العلماء للسروري
(ص ١٧٧) والمعني (٧١/٧) وسبل الأوطار (٢٧٩/٦) والتحقيق لابن الجوزي (٢٢٧/٢)،
وشرح فتح القدير (٣٥٠/٣).

وصحت التسمية فإن قدر على تسليمه سلم، وإلا عزم قيمته، كما لو هلك المهر في يده.
وأما في البيع فالموجب لتسليمه يطل باستحقاقه وفوت التسليم فيه، ألا ترى أن
المبيع إذا هلك بطل العقد، وإذا كان فوت التسليم موجباً بطلان التسليم فيه منع انعقده،
ووجب تسليمه ابتداءً، وكونه ملكاً للغير يفوت التسليم فيه، فمع وجوب التسليم ابتداءً
فلا يجبر عليه.

ووجه آخر أن في باب المهر لو لم ينزله تسليم العين يرجع إلى قيمته، والعن اعدل
من القيمة، فجاز أن يجبر على تسليمه.

وفي البيع لو لم يلزمه تسليمه لم يرجع إلى قيمته، فإذا لم يلزمه تسليم قيمته عند
فواته لم يجبر على تسليمه إذا ملكه، كما لو وهب لإسان شيئاً مملوكاً بغيره ثم اشتراه
منه، لا يجبر على تسليمه إليه، كذا هذا.

١١٥- إذا قال زوجيني نفسك، فقالت بحضرة الشهود: زوجت، انعقد العقد وإن
لم يقل قبلت.

ولو قال: بعني فقال: بعته، لا ينعقد ما لم يقل قبلت.

والفرق أن العادة جرت بالمساومة في البيع، فجعل قوله بعني، طلباً للعقد وسوماً،
فإذا قال: بعته، فالموجود أحد شقي العقد، فما لم يقل: قبلت، لا ينعقد.

وأما في النكاح فلم تجر العادة بالمساومة (فيه) فلا يخطب إلا بعد التروي والتعكر
وإماذ الرسل، فلم يكن قوله زوجيني مساومة، فصار شقاً للعقد، فإذا قالت: زوجت،
وجد الشقان فتم العقد.

وجه آخر وهو أن قوله زوجيني، طلب العقد، فقد أمرها بأن تعقد، والواحد مما
ينفرد بشقي العقد في النكاح، فإذا قالت: زوجت، صار الموجود عقداً.
وفي البيع قوله: بعني، طلب العقد، والواحد مما لا ينفرد بشقي عقد البيع، فصار
الموجود أحد شقي العقد، فما لم يقل: قبلت، لا ينعقد.

١١٦- إذا تزوج العبد بغير إذن السيد، ثم باعه المولى، فأجاز المشتري النكاح
كان جائزاً.

ولو زوجت أمة نفسها بغير إذن المولى، ثم باعها، ثم أجاز المشتري النكاح لم
يجز.

والفرق أن عقد النكاح لا يقع على عين العبد، بدليل أن له أن يتزوج أخرى، ولو
كان معقوداً عليه لم يحز أن يملكه غيره، فهو عاقد، وعقد البيع تناول عين العبد، فم يحز

تملك فيما انعقد عليه العقد الموقوف مجاز.
وليس كذلك الأمة، لأن عقد الكاح تناول عين الأمة، بدليل أنها لو تزوجت من
إنسان لم يحرق أن تزوج بآخر، فالعقد وقع على عين بضعها، وامشيري يملك عبها
بالعقد، لأنه يستبيح بضعها فقد جرى تملكه فيمن انعقد عليه العقد الموقوف، فطل
العقد الموقوف، كما لو باع عبداً من إنسان لا يملكه، ثم اشتراه وأراد أن يسلمه، فإنه لا
يجوز، كذلك هذا.

١١٧- عند محجور عليه اشترى شيئاً بغير إذن المولى، ثم أعتقه المولى، لم يجز

الشراء.

ولو تزوج بغير إذن المولى، ثم أعتقه المولى، جاز النكاح.
والفرق أن عقد الكاح أوجب الحل للعبد، بدليل أنه لو كان بإذن المولى لحصل
الحل له، وعقده كان نافذاً في حقه، وإنما امتنع نقاده لحق المولى، فإذا أعتقه فهو نفدناه
لأن تقريراً لما أوجبه العقد مجاز، كما لو باع على أنه بالخيار، ثم أسقط الخيار، نفذ،
لأنه قرر الملك الذي أوجبه العقد.

وليس كذلك الشراء، لأن العقد أوجب أن يكون الملك للمولى، بدليل أنه لو كان
بإذن المولى وقع له، وبعد العقد يحصل الملك للعبد، فلو نفدناه بالعتق لكان فيه تغيير لما
أوجبه العقد، ونقل العقد عما أوجب العقد لا يجوز، كما لو اشترى شيئاً لنفسه على أنه
بالخيار، ثم وكله آخر بأن يشتري له، فأجاز العقد وأراد أن يجعله لغيره لم يجز، كذا هذا.

١١٨- أمة زوجت نفسها بغير إذن سيدها، فباعها، بطل النكاح. ولو أعتقها جاز

النكاح.

والفرق أنه بالعتق لم يملك نفسها، وإنما زالت ولاية المولى عنها، كالصغيرة إذا
بلغت، وإذا لم يملك بضعها، لم يجز تملكه فيما انعقد عليه العقد الموقوف، فلم يطل.
وليس كذلك إذا باعها، لأن المشتري قد ملكها، فقد جرى التملك فيما انعقد
عليه العقد الموقوف، فلم يجز.

١١٩- إذا زوجت نفسها بغير إذن المولى، ثم أعتقها فلا خيار لها، وجرى النكاح.

ولو زوجها المولى، ثم أعتقت، لها الخيار.

والفرق أن عقدها على نفسها بغير إذن المولى لم يتم في حال الرق، وإنما تم العقد
بعد العتق، فلم يجر عتق عليها بعد صحة الكاح، وإنما نفذ العقد في حال العتق، فلا
خيار لها.

وليس كذلك إذا زوجها المولى، لأن العقد م في حال الرق. فهذا عتق حتى في صحة الكاح، فكان لها الخيار، والأصل فيه حبر بريرة.

١٢٠- عبد تروح أمة على رفته، فأجاز المولى، حاز

والعبد إذا تزوج حرة أو مكاتبة على رقبته، فأجاز المولى الكاح، لم يجوز.

والفرق أنه افتقر بالعقد ما يوجب بطلانه، لأنه إذا أجاز الكاح صارت رفته مهرا لها، فملك المرأة رقبة زوجها، فبطل الكاح.

وكذلك المكاتبة ثبت لها عند الإجارة حق ملك فيه، لأن للمكاتبه حق الملك وحق الملك يمنع من ابتداء الكاح، كالعدة، فقد افتقر بالعقد ما يوجب بطلانه، نصرا من حيث يجوز العقد بطله، فلا يجوز.

وأما في الأمة فلم يفتقر بالعقد ما يوجب بطلانه، لأنه إذا أجاز العقد صارت رقبته ملكا لمولى الأمة، فلا يفسد الكاح، فم يفتقر بالعقد ما يوجب بطلانه، نص من حيث نحوره لا نطله فجوزناه.

١٢١- للرجل أن يزوج أمة ابنه. وليس له أن يزوج عبد ابنه.

والفرق أن في العبد يلزمه ضمان وهو المهر من غير بدل يدخل في ملك الابن، فلم يجوز، كما لو تسرع بشيء من أمواله.

وأما في الأمة فإنه يلزمه ضمان، وهو التسليم بدل يثبت حق الابن فيه، فحاز، كما لو باع ماله.

١٢٢- إذا أذن لعده بأن يتزوج امرأة، فتزوج أكثر من واحدة، لا يجوز.

ولو أذن له في أن يشتري عبدا، فله أن يشتري عبدا، ويصير ماذونا في جميع التحارات.

والفرق أن المأدون يتصرف في البيع والشراء بملك الحجر، وقد فك الحجر في نوع من التجارة نعم جميع الأنواع، لأن فك الحجر لا يخص نوع، فكك الحجر بالملوغ. وأما في الكاح فليس يتصرف بملك الحجر، بدليل أنه يجوز مع بقاء الحجر، لأن المحجور عليه للبيع إذا تزوج حاز، وكذلك المريض، فصار تصرفه بالأمر والأمر لا يقتضي التكرار، فلا يعدو ما أمر به كالوكيل، ولأن تزوج جميع النساء لا يجوز، فصار قوله: تزوج لفظ عموم لا إطلاق والمراد به الخصوص، فاعتصر إلى أخص الخصوص وأخصه الواحدة.

وليس كذلك البيع، لأن شراء العبد الكثيرة بالعقد يحوز، فصار هذا عطف إطلاق،

وليس المراد به الخصوص، فلا يجب حمله على الواحد.
١٢٣- إذا قال لامرأته وهي معروفة النسب هذه ابنتي وأصر على ذلك لا تقع المرقعة بينهما^(١).

ولو لم تكن معروفة النسب وأصر على ذلك، وقعت المرقعة.
والفرق أن قوله: هذه ابنتي، ليس بصريح في إيقاع التحريم، بدليل أنه لو أكذب نفسه لم يقع شيء، وإما هو جحد للعقد، لأنه لا يجوز العقد على ابنته، فصار كناية عن ارتفاع الروحية والكنابة لا تعمل إلا بقرينة، فإذا لم تكن معروفة النسب وأصر عليه، فقد وجدت القرينة، وهي الإصرار، ولم يوجد ما يكذبه فوقعت السينونة.
وليس كذلك إذا كانت مشهورة النسب، لأن هذا اللفظ كناية ولا يعمل إلا بقرينة، ولم توجد القرينة، لأن القرينة ههنا الإصرار، فظاهر ثبوت نسبها من الغير يطل الإصرار، فصار تكذيب الظاهر إياه كتكذيبه نفسه، ولو قال: كذبت، فإنه لا يقع التحريم، كذلك هذا.

١٢٤- إذا قال لامرأته: هي أختي أو ابنتي، وهي غير مشهورة النسب، ثم قال: أوهمت، صدق، ولا تقع المرقعة.

وإن قال لأمنه هذه ابنتي أو أختي ثم قال: أوهمت، لا يصدق على ذلك.
والفرق أن قوله لامرأته: هذه ابنتي، جحد للعقد، لأن العقد على الابنة لا يحوز، وجحد العقد لا يرفع العقد، فبقي العقد بينهما، وإما هو كناية في التحريم، فإذا قال: أوهمت، لم توجد قرينة تدل على التحريم، فلا يقع شيء، كما لو قال لامرأته: أنت علي حرام.
وأما في الأمة فقوله: هذه ابنتي، ليس بجحد للعقد، لأن كونها بنتاً له لا يمنع جواز عقده، وإذا لم يكن جحداً للعقد، لأن كونها أمة له صار متصرفاً فيه، والتصرف في العقد بما لا يجوز بقاء العقد معه أوجب رفعه، فوقع العتق بقوله، فإذا قال: أوهمت، بعد وقوع العتق، لم يصدق.

١٢٥- إذا أرضعت المرأة الكبيرة الصغيرة، وتعمدت الفساد فسد الكاح، وله أن يرجع على الكبيرة بنصف الصداق.

ولو زنت إليه غير امرأته فوطئها فعرم المهر، لم يرجع على الذي عثرها وزمها إليه.

(١) انظر البحر الرائق (٤/٢٤٣)، والمبسوط (٥/١٤٥)، (٦٦/٧).

والفرق أن الكبيرة تعدت في النسب، وأدى ذلك إلى إبرامه بصف المهر، لأنه يجوز أن ترند الصغيرة بعد بلوغها، ففسد الكاح بينهما قبل الدخول بردها فلا يلزمه شيء، فهي لما أرصعتها فقد قررت هذا الصف من المهر عليه فغرمت له ذلك المصنف. كشاهدي الطلاق إذا رجعا قبل الدخول.

وأما في الزفاف فلم يعتمد إبرامه المهر، لأن المهر وجب بالوطء لا بالزفاف، وهو لم يعتمد في الوطء، فصارت الجناية حاصلة من غير فعله، فلا يجب عليه شيء. أو يقول إن كان جانباً في الزفاف والوطء، إلا أنه سلم للواطئ بدل ما ضمن وهو الوطء، فلا يرجع بما ضمن على غيره، لأن لو ضمنه لأدى إلى أن يسلم له بدل ما ضمن مرتين من غير شيء، وهذا لا يجوز.

١٢٦ - الناشئة بعدما قبضت مهرها لا نفقة لها في مدة النشور^(١).

ولو لم تقبض مهرها فمئنت نفسها، استحققت النفقة.

والفرق أنها قد استوفت المهر، فلزمها تسليم النفس، فإذا نشرت فقد تعدت في منع المعقود عليه فمئنت ما بإزائه من البذل، كالمشتري إذا امتنع من تسليم الثمن يمنع ما بإزائه من المصع، كذا هذا.

وليس كذلك إذا لم تقبض المهر، لأنها لم تعد في المنع، والمنع إذا كان بحق لا يوجب سقوط النفقة، كالمصع لأجل الحيض.

وجه آخر أنه عدم تسليم المئنت بالعقد من الناشئة، (فلا تستحق النفقة) كما لو كانت صغيرة.

وأما المائنة لأجل المهر فلا يعدم التسليم منها، لأن المرأة تقول سلم المهر لأسلم البصع، والعجز جاء من قبله في الاستيفاء، حيث عجز عن تسليم المهر، فصار عجزه عن تسليم بدله كعجزه عن استيفائه، ولو كان عيباً أو مريضاً لم تسقط عنه النفقة، كذلك هذا.

١٢٧ - إذا تزوج امرأة فأعبرته امرأته أنها أرصعته، لا يستحب له أن يفارقها.

ومثله لو تنزه عن تزوجها في الابتداء بقولها فهو أنضل.

والفرق أن المملك قد حصل في الطاهر، فلا يجوز إبطاله إلا بما يطل به الإملاك، كما لو اشترى شيئاً فجاء آخر وادعى أنه له لا يستحب له تسليمه إليه، ولا يؤمر به، كذلك ههنا.

(١) انظر حاشية ابن عابدين (١٧١/٣).

وليس كذلك في الانتداء، لأنه لم يحصل له ملك في الظاهر، ويحوز أن تكون صادقة فلا يحصل، ويكون الوطاء حراماً، ويجوز أن تكون كاذبة فأورث قولها شبهة، وقد قال النبي عليه السلام: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»^(١) فهما يريبه القول فيجب أن يدعه.

١٢٨- إذا اعتقت أم الولد فلا نفقة لها في العدة.

وإذا طلقت الحرة فلها النفقة.

والفرق أن عدة أم الولد عدة ماء، لا عدة فراش، بدليل أن للمولى أن يزوجه من غيره متى شاء من غير عدة، ولأنها لو وجبت بالموت كانت بالأشهر، وإذا كانت عدة ماء صار كالنكاح الفاسد، والعدة في النكاح الفاسد لا توجب النفقة، كذلك هذا. وأما عدة الحرة فإنها عدة زوال الملك والفراش وهو من حقوق الفراش، فصار كفسخ الفراش، (ومس الفراش) يوجب النفقة، كذلك هذا.

١٢٩- تحب نفقة الولد والروجة مع الإعسار. ونفقة ذوي الأرحام لا تحب مع الإعسار.

والفرق أن نفقة الروجة إنما تجب بإزاء تسليم النفس، بدليل أنها لو مشرت لا تستحق النفقة، وما كان وجوبها لا على وجه البر، لا يختلف باليسار والإعسار، كالنكاح في البيع، وكذلك الولد مسلم إليه على حكم العقد، فصار كالزوجة. وأما سائر الأقرباء فإنما تجب نفقتهم على طريق المواساة والبر والصلة، فلا يخاطب المعسر بذلك، إذ هو تبرع، والمعسر لا يخاطب بالتبرعات.

١٣٠- إذا أخذت المرأة نفقة شهر فلم تنفقها، ثم جاء الشهر الثاني وهو معها، فلها أن تطالبه بنفقة الشهر الثاني.

ولو أخذ واحد من ذوي الأرحام نفقة شهر فلم ينفقها حتى جاء الشهر الثاني، لا يكون له أن يأخذ نفقة الشهر الثاني.

والفرق أنها استغنت بما عندها من مال الزوج، ونفقة الروجة تجب مع الغنى، فجار أن تجب.

وليس كذلك نفقة ذوي الأرحام، لأنه استغنى بما عنده عن مال القريب، ونفقة

(١) رواه البخاري (٧٢٤/٢) والترمذي (٦٦٨/٤) والسنائي (٣٢٧/٨)، وانظر الدراية في ترحيح الهداية (٢٨٥/١) ونصب الراية (٤٧١/٢).

ذوي الأرحام لا نجس مع العبي، كما لو كان عبياً في الأصل.

١٣١ - نفقة العدة يصح الإبراء عنها

ونفقة الزوجية لا يصح الإبراء عنها^(١)..

والفرق أن سقوط نفقة المعتدة من موجب مضي المدة، بدليل أنه إذا مضت مدة العدة فإن النفقة تسقط، وما كان من موجب مضي المدة صح تحيله بالشرط، كالدين المؤجل إذا عمل قبل الأجل صح، كذا هذا.

وأما المنكوحة فسقوط نفقتها ليس من موجب مضي المدة، بدليل أنه لو مضت فإن النفقة لا تسقط، فصار هذا إبراء عما سيحب في المستقبل قبل وجوده، فلا يجوز، كما لو قال: أبرأتك عن كل دين يجب لي عليك فإنه لا يصح، كذا هذا.

١٣٢ - إذا أخرج المولى الأمة من بيت الزوج قبل الطلاق ثم طلقها لم يكن له أن يعيدها إلى بيته ليطالب بالنفقة.

واناشزة إذا طلقها حاز لها أن تعود وتأخذ النفقة.

والفرق أن التسليم غير مستحق على المولى، بدليل أن المولى لا يحبر عليه بحال، ولم يوجد تسليم نفس متفع بها، ولم يوجد واحد منهما فلا يستحق النفقة.

وليس كذلك الحرة، لأن التسليم مستحق عليها بدليل أنها تحبر على التسليم وهي من أهل التسليم، فقد عادت إلى تسليم نفس متفع بها، فاستحققت النفقة وإن كان اسم غير متفع بها، كما لو مرضت الحرة.

١٣٣ - وإذا ادعت المرأة أن الزوج موسر، وأبكر الزوج، فالقول قول الزوج ويلزمه نفقة المعسرين.

وإن ادعت في دين لها عليه من شئ مبيع أو غير ذلك، وقال: أنا معسر، فلا يصدق على كونه معسراً ويحبس، والقول قول المرأة، وفي المهر روايتان.

والفرق أن في النفقة لم يوجد منه إقرار بدخول بدله في ملكه، لأن النفقة لا تجب بدلاً عما هو مال، وإنما تجب على طريق الصلة بدلاً عن تسليم النفس، وهو ليس بمال. ولم يكن بالشروع في العقد مقراً بحصول مال له بإبراء ما يوجب عليه، فصارت تدعي اليسار، وهو ينكر، والأصل في الناس الإعسار، فمن ادعى ما يوافق الظاهر، فالقول قوله.

(١) انظر البحر الرائق (٩٧/٤)، وحاشية ابن عابدين (٥٦/٣، ٤٥٤) والسوّد (٢٢/٥)، وشرح

فتح القدير (٣١٥/٣)، والسنن (٢٢/٤).

وليس كذلك في سائر الديون، لأن الظاهر وجوبها بحق العقد والعقد يقتضي بدلا عما هو مال، فصار بالشروع في العقد مقراً بأنه مالم لمسدله وهو مال فصار كما لو أقر اليسار، فإذا قال بعد ذلك: أنا معسر، لم يصدق، وكذلك المهر على إحدى الروايتين هو بدل عما ليس بمال، فلم يقر أنه حصل في ملكه بإزاء ما وجب عليه مال، فصار تدعي عليه اليسار، وهو يكر فانقول قوله، كما لو ادعى عليه مالا من جهة الكفالة، وعنى الرواية الأخرى ظاهر دخوله في العقد إقرار بكونه قادراً على تسليم بدله، فصار بقوله: أنا معسر، مدعياً خلاف الظاهر، فلا يصدق.

١٣٤- المعتدة إذا طوعت ابن زوجها في العدة لا تسقط نفقتها.

ولو ارتدت سقطت^(١).

والفرق أنها قد سلمت نفسها متفعلاً بها على حكم العقد وذلك التسليم باق في العقد، والمطوعة لم يطل ذلك التسليم، فبقي حكم ذلك التسليم فبقيت النفقة.

وأما إذا ارتدت فقد أبطلت ذلك التسليم، لأنها تخرج من منزل الزوج، وتحس لتتوب، وإذا عدم التسليم المتفع به سقطت النفقة.

١٣٥- إذا كانت الأمة في بيت الزوج، ثم طلقها، ثم أخرجها المولى، ثم عادت إلى بيت الزوج، استحققت النفقة.

والفرق أنها إذا كانت في منزل الزوج وقت الطلاق فأخرجت ثم عادت، فهذا التسليم بماء على التسليم الأول واستدامة له، بدليل أن ما تستحق ههنا من النفقة مثل ما تستحقه في المرة الأولى، فصار كأن ذلك التسليم لم يزل كذلك ولو لم يزل ذلك التسليم استحققت النفقة، كذا هذا.

وإذا كانت في وقت الطلاق في منزل المولى، ثم أرادت العود إلى منزلها، فهذا التسليم لم يبين عني تسليم آخر، فصار هذا ابتداء تسليم غير مستحق في نفس غير مستفع بها، فلا يستحق له النفقة، كما لو كانت مباشرة ثم عادت في العدة.

١٣٦- إذا تزوج بعير لإذن المولى، ثم اعتق، نفذ ذلك العقد.

ولو أذن له في الترويح، لم ينفذ ذلك العقد ما لم يحجز العقد الأول.

والفرق أن عقد العبد ينفذ في حقه، وإنما امتنع نفاذه، لحق المولى وإذا اعتق نفذ

(١) انظر المحرر الرائق (٢١٨/٤)، وحاشية ابن عابدين (٦١١/٣)، والمبسوط (١٦٤/٦)، وشرح منيع القدير (٤٩٠/٧)، والبدائع (٣٠٥/١).

زال حق المولى بصار الحق له بعد ذلك العقد في حقه.

وأما إذا أذن له في التزويج، وإلاذن لم يزل حق المولى، لأن الحق للمولى في الحالين قبل الإذن وبعده، فلم يصح الحق للعبد، فلم يعقد، إلا أنه بالإذن ملك ابتداء العقد بملك الإجارة كالحر.

١٣٧- إذا أذن لعبد في أن يتزوج على رقبته، فتزوج حرة لم يجز

ولو روح أمته من رجل، ثم خالع على رقبته من زوجها صح الخلع، ولا تدخل الرقة في ملك الروح.

والفرق أن المولى أمره بالعقد على رقبته، وعقد الكاح لا يعري عن بدل، فإذا تزوج حرة ولو جوزا العقد لم يحل إما أن يجوز على رقبته، أو بمهر المثل، أو بالقيمة، ولا يجوز أن يقع بالرقبة، لأنه يقارن العقد ما يطله، ولا يجوز أن تكون القيمة معقوداً عليها، ولا مهر المثل لأنه لم يأمره أن يعقد به، ومخالفة المولى في البذل الذي أمر به يوجب فساد العقد، كما لو أمره أن يتزوج امرأة على مائة درهم، فتزوج على مائة دينار فإنه لا يصح، كذلك هذا.

وليس كذلك الخلع، لأن عقد الخلع يجوز أن يعري عن بدل، فإذا خلعه على رقبته فلا يخلو إما أن يقع على رقبته أو انقصة ولا يجوز أن يقع على رقبته، لأن الزوج يملكها فيفسد الكاح فيفسد الخلع، ولا يجوز أن يقع على القيمة، لأنه يؤدي إلى محالة الزوج فيما قبل عقد الخلع، كما لو قال: خلعتك على ألف، فقالت: قبلت بخمسمائة فعري عقد الخلع عن البذل، وخلو العقد عن البذل لا يمنع صحة العقد، وهو الخلع، كما لو قال: خلعتك على خمير أو خنزير.

١٣٨- إذا تزوج العبد أمة على رقبته بإذن المولى، وعلى العبد دين ألف درهم،

فإنه يباع العبد فيضرب الأمة بمهرها والغرماء بدينهم في الثمن.

ولو قتل العبد رجلاً عمدًا، وعليه دين ألف درهم، فصالحهم المولى من الدم على

رقبته فالغرماء أحق بثمن العبد، وسقط القصاص.

والفرق أن دم العبد في خروجه عن حق المولى، ليس بمال يطلب، لأنه عفوية،

ولأن شهود العفو عن القصاص إذا رجعوا لا يقرمون، والمريض إذا عفا في مرض موته لا

يعتبر من ثلته، فصار وجوب حق المولى ببذل غير متقوم، فكأنه وهب رقبته منه، فلا

يضر به مع الغرماء.

وأما في النكاح فالصع في دخوله في الملك متقوم، بدليل أن الأب إن زوج ابنه الصغير

امراة بمهر مثلها يجوز عليه، فقد وجب المال على العبد ببدل متقوم دخل في حقه، فنصار وجوب الحق ببدل معلوم متقوم، فجار أن يصربوا به، كما لو باع من العبد شيئا. فإن قيل المريض لو صالح من دم نفسه على مال لا يحسب من ثمنه، فدل على أن

دم العبد مال من وجه، كما أن البصع مال من وجه والصواب أن يعبر العارة، فيقال في دم العبد: لما صح المولى على رقبته صار القتل موجبا مالا، فنصار كما لو كان القتل خطأ فدفن به، ولو كان كذلك منعه الدين. ويكون العريم أولى به، كذلك هذا، ولو لم يكن الحق واجبا على العبد في الحكم، بخلاف المكاح لما بينا.

١٣٩ - ولو أن رجلا تزوج مكاتبة على حارية، ودفعها إليها ثم طلق المكاتبة ثم تزوج تلك الحارية قبل الرد إليه لم يحز.

ولو تزوجها قبل الطلاق ثم طلق المكاتبة، لم يفسد نكاح الحارية. والبرق أن الطلاق لا يوجب فسخ العقد، ويعود نصف المهر إلى الزوج، وإنما يوجب فساد ملكها في نصفه، وثبت له حق الارتجاع، فإذا تزوجها قبل الطلاق، فقد صح العقد، وبإطلاق طرأ له حق ملك على امرأته، وحق الملك إذا طرأ على العقد لا يرفعه، كالعدة إذا قاربت ابتداء العقد ينتع انعاده ولا يسع بقاءه على الصحة إذا طرأت عليه.

١٤٠ - ولو روح المولى أتمه برضاها من رجل بغير رضا الزوج وخاطب عن اروج مخدط، فلم تنقض العقد حتى أجاز الزوج المكاح، جاز ولا خيار لها. ولو زوجها المولى بغير رضاها، فأعتقت، فأجاز الزوج المكاح لم يحز ما لم ترض هي.

واهرق أن العقد الموقوف إنما يجوز تنفذه في الحالة التي تقبل ابتداء العقد فيها، ألا ترى أنه لو باع عبدا لغيره، ثم مات، ثم أجاز صاحبه ابيع لم يحز، ولو تزوج أمة بغير إذن مولاه، ثم تزوج حرة، ثم أجاز المولى، لا يجوز، فإذا كان المولى زوجها برضاها فيجوز ابتداء العقد برضاها، فحاز أن ينفذ العقد الموقوف، فتم العقد في حال الحرية ولا خيار لها.

وأما إذا كان بغير رضاها فلا يجوز ابتداء العقد عليها بغير رضاها، فلا ينفذ العقد الموقوف فيها، ونصار الزوج بالإجارة مبتدئا عقدا، فإذا أجازته حاز، وإلا فلا.

١٤١ - المولى إذا زوج عبده امرأة فأعتق لا خيار له في العسخ.

ولو زوج أتمه فعنتت ملها الخيار.

والفرق أنه يملك النصح قبل العتق، فيملك بعد العتق، بدليل إضراده بالعتق. وقد يستمد بالإعناق شيئاً لم يكن مالكا له من قبل، ولا خيار له وفي الأمة استعملت بضعها بالعتق، بدليل قوله: ملكك بضعك فاختاري، ولأنها تقدر أن تحلج نفسها، وتملك بدل بضعها، ولم تكن مالكة قبل العتق فجاز لها أن يشت الخيار. ووجه آخر أن حقوق العقد في الكاح تتعلق بالعقد، فقد ألزمه المولى تسليم النفس في حالة له الولاية، فاستدام ذلك التسليم بعد العتق فلم يلزمه تسليم متدأ، فصار كالأب إذا زوج الصغير أو الصغيرة.

وفي الأمة حقوق العقد لا تتعلق بها، وإنما تتعلق بالمولى، لأن المهر يدخل في ملكه، وهو الذي يطالب بالتسليم ما دامت رقيقة، وبعد العتق هي التي تطالب بالتسليم. فصار يلزمها تسليم النفس في حال لا ولاية له عليها ابتداء فثبت لها الخيار، كالعم إذا زوج الصغيرة.

١٤٢- لا يشت لعمد والأمة خيار البلوغ.

بخلاف الصغير والصغيرة إذا زوجها العم.

والفرق أنه يملك المولى ابتداء تملك العقد عليهما بعد البلوغ، فلا يشت لها خيار البلوغ، إذ لا تملك بالبلوغ شيئاً لم يكن.

وأما الصغيرة فلا يملك العم العقد عسها بعد البلوغ، فجاز أن يشت لها الخيار إذا لزمها تسليم النفس بعقده، كالأمة إذا أعتقت.

١٤٣- المولى إذا زوج مكاتبه امرأة بغير رضاه ثم عجز، فأجاره المولى جاز.

ولو زوج مكاتبته، ثم عجزت في الكتاب يطل الكاح، وفي المكاتب لا يطل.

والفرق أن عقد الكتابة على الأمة أوجبت تحريم بضعها عليه، وبالعجز ملك الاستمتاع بضعها، وعقد النكاح عقد على بضعها، وقد جرى التملك فيما انعقد عسه العقد الموقوف، فبطل، كما لو باع عبداً على أنه بالخيار ثلاثاً، ثم باعه من آخر، فإنه لا يجوز العقد الأول ويطل، كذلك هذا.

وأما المكاتب إذا عجز فامولى يملك رقبته بالعقد، إلا الاستمتاع به، وعقد النكاح أوجب البذل في ذمته، ولم ينعقد على رقبته، فلم يجر تملك فيما انعقد عليه العقد الموقوف، والمولى يملك العقد، ومن ملك العقد لا يجوز عقده الموقوف إلا بالإجارة.

١٤٤- إذا عتقت الأمة وهي تحت زوج، فلم تعلم أن لها الخيار، فهي على خيارها

حتى تعلم، فإذا علمت فلها الخيار ما دامت في مجلسها.

وفي خيار البلوغ والمخيرة والشفعة لو بلغت أو خبرت أو بيعت بحسب داره دار فلم يعلم أن له الشفعة ولم يطلب، بطل خياره.

والفرق بين هذه المسائل أن في الأمة ليس في لفظ الزوج ما يوجب لها خياراً، وإما الخيار ثبت لها من طريق الحكم، والأمة لا تنعم فروع الفقه في العادة، والمولى لا يمكنها من التعلم، إذ مسعيتها ممنوعة له، فعذرت في جهل حكم العتق، فصار جهلها شتت الخيار كجهلها بالعتق، ولو لم تعلم بالعتق فهي على خيارها، كذلك هذا.

وأما خيار المخيرة فالتخير في لفظ الزوج، لأنه يقول: خيرتك. فإذا علمت بالتخير فقد علمت وجوب الخيار لها، فبطل خيارها إذا لم تحتر.

وأما الشفعة فحكمه ظاهر بين المسلمين، والحاجة إليها ماسة وهو حر ممكن من تعلمه، وتعرف حكمه، وإذا لم يعرف ولم يتعلم لم يكن معذوراً، فبطل حقه.

كذلك الخيار بالبلوغ هي حرة وممكنة من التعلم والتعرف، فإذا لم تتعلم لم تكن معذورة.

أو تقول: الشرع جعل سكوت البكر بمنزلة قولها: رضيت، وكذلك سكوت الشفيع بعد العلم بالبيع بمنزلة قوله: رضيت بالبيع، بدليل أنه لا يقف على المحس، كذلك المخيرة، فصار كما لو قالوا: رضينا، ولم يعلموا أن لهم الخيار، ولو قالوا هكذا بطل خيارهم، كذلك هذا.

وفي الأمة لم يجعل سكوتها رضاً، بدليل أن خيارها يتوقف بالمجلس ولا يبطل بالسكوت فسم يوجد ما يوجب بطلان خيارها فلم تبطل.

١٤٥- إذا تزوج رجل أمة بغير إذن مولاهما على مائة درهم بغير شهود، فقال المولى أجزت الكاح بخمسين درهماً أو ديناراً ورصي بذلك الزوج وحضر هذه المقالة شهود كان باطلاً.

ولو قال جعلت ذلك الكاح نكاحاً بمائة أو خمسين ديناراً، وقبل الزوج كان هذا بمنزلة نكاح مستقبل إذا حضر هذه المقالة شهود، وإن لم يحضر أصل الكاح الأول.

والفرق أن لفظ الجعل يذكر ويراد به ابتداء الشيء، لقوله عمر وجل: ﴿إِنَّا خَعَقْنَا مَا عَلَى الْأَرْضِ زَيْنَةً هَٰذَا﴾ [الكهف: ٧]، فإذا قال جعلت ذلك النكاح نكاحاً كان ذلك ابتداء عقد، ولم يكن مجزئاً لعقد قبله، وإذا صار هذا ابتداء عقد فإن حضره الشهود جار، وإلا لم يجر.

وليس كذلك الإجازة، لأن الإجازة لم توصل لابتداء العقد، وإما هو تسلط على

النصف بحكم العقد، ولم يكن تنفيذاً لعقد موقوف، ولحق الإحارة عقد متناً بينهما. فجعل كما لو أدن لها ابتداء فتزوجها بغير شهود لم يحز كذلك هباً.

١٤٦- ولو أن رجلاً زوج رجلاً أختين في عقدتين متفرقتين بغير أمره، فقال أجزت نكاح هذه، وهذه، ووصل الكلام لم يحز نكاح واحدة منهما، فجعل قوله أجزت نكاح هذه وهذه، وقوله: أجزت نكاحهما سواء، فجعل الواو هباً لجمع، وكذلك في قول الله تعالى ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦] جعل الواو للجمع^(١).

وإذا تزوج رجل أمتين بغير إذن المولى، فقال: أعتقت هذه وهذه، فإنه جعل الواو للترتيب حتى قالوا: أنه يبطل نكاح الثانية ويجاز نكاح الأولى، وكذلك لو قال: أنت طالق وطالق، لغير المدخول بها تبيين بالأولى ولا يقع بالثانية فجعل الواو للترتيب.

والفرق أن الكلام إنما يقف على ما يؤثر فيه ألا ترى أن الاستثناء لما كان مؤثراً في الكلام تغير حكمه، ووقف الكلام عليه، وكذلك الشرط، فإذا قال في الأختين أجزت هذه وهذه، فنكاح كل واحدة منهما يؤثر في نكاح الأخرى لأنه مهما جار أحدهما انفسح نكاح الأخرى، فجاز أن يقف نكاح الأولى على الثانية، فكأنه أجازهما معاً، ولم يسق إحداهما الأخرى، وكذلك الأعضاء الأربعة في الغسل لكل عضو تأثير في الآخر، لأنه لو غسل بعضه دون البعض لم تحز صلاته، فصار كالجموع.

وأما إذا قال هذه حرة، وهذه فلس لعنت إحداها تأثير في عنت الأخرى، لأن العنت إذا أضيف إلى إحداها عنتت، سواء أعتقت الأخرى أو لم تعتق فلم يقف الأول على الثاني، وكذلك في الطلاق، وليس للطلقة الثانية تأثير في الطلقة الأولى، لأنه سواء أوقع الثاني أو لم يوقع فإنه لا يختلف حكم الأولى، فلم يقف عليه، فسبق نفوذه نفوذ الثاني فلا يقع الثاني.

١٤٧- رجل تزوج أمة بإذن مولاه، ثم تزوج حرة على رقة تلك الأمة فأجاز مولاه، أو تزوج على رقبته بإذن مولاه جاز، وصارت الأمة مهر الحرة، ولا يفسد نكاح الأمة.

ولو تزوج أمة غيره ثم قال لمولاه: أعتقها عني على ألف، ففعل قد فسد النكاح بينهما.

(١) انظر البحر الرائق (١٠٣/٣) وشرح منيع القدير (١١١/٧).

والعرف أنه قارن العقد ما يمنع دخول الأمة في ملكه، وهو استحقاق المرأة الملك عليه، لأنه أوجب للمرأة، فلم يملكه كالوكيل بالشراء إذا اشترى أمة وهي روضة للوكيل، فإنه لا يفسد النكاح، لأنه قارن العقد ما يمنع دخوله في ملكه، كذا هذا. وليس كذلك مسألة العتق، لأنه لم يقارن العتق ما يمنع دخوله في ملكه، بل قارن ما يوجب دخوله في ملكه، لأن العتق عنه لا يكون إلا بعد أن يكون الملك له، فصار كما لو قال: مَلِكِيهَا واعتقها عني.

فإن قيل: يستحيل أن يكون مهرًا للمرأة، ولا يكون ملكًا للزوج. قلنا: يجوز ألا يكون ملكًا له ويكون مهرًا، كما روي أن النجاشي زوج أم حبة من السي عليه السلام، وأمهرها عنه أربعمئة دينار بغير إذنه، ولأنه لما تزوجها على رقة الأمة فقد عقد عليها عقد القضاء، لأنه أوجب قضاء ما يلزمه من المهر من رقتها، فإذا أحاز المولى فقد أجاز القضاء، والقضاء يصح وإن لم يكن ملكًا للمقضي عنه، كما لو تبرع إنسان بقضاء دين آخر أو مهر عليه. فإن قيل: لو لم تصر ملكًا للزوج لوجب ألا يعود نصفها إلى الزوج كالطلاق قبل الدخول.

قلنا: العقد يمسح دخول المهر في ملكه، لأن في ضمنه إيجاب الملك لها، فإذا طلقها ارتفع العقد، فزال المانع من دخوله في ملكه، فعاد الملك إليه فظل النكاح إذا قضى منها، كما قلنا في الوكيل بالشراء إذا وجد الأمر بالمشتري عيبًا، فرده عليه، فرضي به الوكيل فإنه يدخل في ملكه، لأن المانع من الدخول في ملك الوكيل إيجاب الملك للموكل وقد رآه، فعاد الملك إليه، كذلك ههنا.

فإن قيل انزوح يغرم القيمة، فدل أنها صارت ملكًا له.

قلنا يجوز أن يحب عليه الضمان من غير حصول الملك له كما لو ضمن عني دينًا إنسان بغير أمره فإن الضمان يلزمه، وإن لم يملك بإذائه شيئًا كذلك هذا.

١٤٨- ولو أن رجلاً تحت أمة لرجل، فأمر الروح المولى أن يروحه امرأة حرة ولم يقل بأمته، فروحه امرأة على الأمة التي تحتها حرة، والأمة للحرة، وهي امرأته، ولا شيء للمولى على الروح.

ولو أن امرأة أمرت رجلاً أن يخلعها من زوجها، فخلعها الوكيل بمال من عبده وقضاه، فإنه يرجع على المرأة، وكذلك الصلح من دم العمد.

والفرق أن عقد النكاح لا يعرى عن ضمان يجب على الروح، بدليل أنه لو

تزوجها على غير مهر فإنه يجب لها مهر المثل، ولأنه لا يعرى عن ضمان يجب على الزوج، فصار في التقدير كأنه قال: زوجني امرأة على أن المهر عليّ، فإذا روجه وجب المهر على الزوج، وصار هو قاصياً بغير أمره، وكان مترعاً فلا يرجع به عليه وليس كذلك الخلع، والصلح عن دم العمد، لأن هذه العقود تعرى عن ضمان يجب على المعقود به، لأن الصلح والخلع من غير بدل جاز، فصار كأنه قالت: اختبني بألف إن شئت عليّ، وإن شئت عليك، ولو قالت ذلك لمخالعها الوكيل على مال، وأداه يرجع عليها كذلك هذا.

١٤٩- لو أمر رجلاً أن يزوجه امرأة بغير عينها، فزوجه أختين لا يجوز نكاح واحدة منهما^(١).

ولو أمره أن يزوجه هذه المرأة، فزوجهها مع أختها منه في عقد أو عقدين جاز، هكذا ذكره أبو يوسف في الأمالي رواه بشر عنه.

والفرق أن الداخل في الإذن نكاح إحداها وهي بمهرولة. في نكاح الأخرى فاسد، وكل واحدة في جواز أن يكون هي التي فسد نكاحها لصاحبها فاستويا، ففسد نكاحهما، كما لو قال لعبده: تزوج امرأة، فتزوج امرأتين في عقد لم يجز، كذلك هذا. وليس كذلك إذا كانت معينة، لأن الداخل في الإذن نكاح إحداها وهي معلومة والأخرى لا تراصها في العقد، إذ لا يميز له، فصار كما لو أمره بالعقد، وكما لو جمع بين حمار وتلك المرأة وتزوجها جاز نكاحها، كذلك هذا.

وهكذا لو قالت امرأة لرجل: زوجني من رجل، فزوجه من رجلين لم يجز. ولو قالت: زوجني من فلان، فزوجهها منه ومن آخر في عقد جاز لما ذكرنا. ١٥٠- وقال أيضاً لو وكله أن يزوجه امرأة، فزوجه حرة وأمة في عقد جاز نكاح الحرة. ولو زوجه أختين لم يجز نكاح واحدة منهما.

والفرق أن الأمة لا تزاحم الحرة في العقد، إذ لا يميز لنكاحها بقيت مبردة بالعقد، والموكل لو عقد مثل هذا العقد جاز نكاح الحرة، كذلك الوكيل.

في الأختين كل واحدة تزاحم الأخرى، إذ ليست بأولى من صاحبها بالخواز. والموكل لو عقد هذا العقد لم يجز، كذلك الوكيل.

١٥١- وقد: على هذا الأصل لو زوج رجل رجلاً بغير أمره حرة وأمة في عقد

(١) انظر البحر الرائق (١٤٩/٣)، والمبسوط (١١٢/١٩).

فله أن يحير نكاح الحر، ولو زوج رجل رجلين أختين أو خمس نسوة لم يحير له أن يحير شيئاً منهن، وقال أيضاً: لو زوج الولي امرأة من رجلين أحدهما أختها بخته جار لها أن تجيز نكاح الآخر وإن لم تكن أختها بخته فزوجها من رجلين لم يحز لها أن تختار نكاح أحدهما. والفرق بينهما ما بينا.

١٥٢- رجل أراد أن يزوج ابنة صغيرة، فأمر رجلاً أن يزوجه فزوجها والأب حاصر يجوز شهادة المزوج على النكاح^(١). وإن كان الأب غائباً لم يحز. والفرق أن الأب إذا كان حاصراً فالعقد ثم بحضوره ورأيه، فصار كتوليته بنفسه، فالوكيل صار سفيراً، فحاز أن يعقد النكاح بحضوره، الدليل عليه أنه لو وكل رجل وكيلاً بأن يبيع شيئاً، فوكل الوكيل وكيلاً فباع بحضرته جاز، وجعل حضوره كتوليته بنفسه كذلك هذا.

وإذا كان الأب غائباً فلم يتم الأمر بحضوره فلا يجعل كالتولي العقد بنفسه، فصار هو العاقد، فإذا شهد صار يشهد على فعل نفسه فلم يحز، كما لو وكل الوكيل وكيلاً، وغاب الأول فباع الثاني لم يحز، ولم يجعل بيعه كتوليته بنفسه، كذلك هذا.

١٥٣- قال في المستقى: رجل فحر بامرأة أبيه قبل أن يدخل بها وأراد الفساد، فعصبتها على نفسها فلها نصف المهر على الأب، ولا يرجع به على الابن. ولو قلها الابن بشهوة أو لمسها، فإنه عصب نفسها على ذلك وصدقه الأب يرجع عليه بنصف المهر^(٢).

والفرق أن في الوطء قد وجب الحد عليه، فلو أوجبنا العقر لأوجبنا بالوطء الواحد عقوبة في بدنه وعراً في ماله، وهذا لا يجوز، إذ المهر والحد لا يجتمعان. وليس كذلك التقبيل، لأنه لم يجب بذلك الفعل عقوبة في بدنه ولا حد، فجاز أن يجب بتقرير مال على غيره صماً كالشهود إذا رجعوا.

١٥٤- رجل قال لأحر استدن عليّ لأمراة كل شهر عشرة دراهم فأنفق عليها، فقال: فد أنفقته، وصدقته المرأة قال: لا تصدق المرأة من غير بينة. وإذا كانت الفقة مفروضة عليه صدقت، وكذلك نفقة الصغار.

والفرق أن الفقة بالقرص صارت ديناً عليه، فقد أمره بقضاء مضمون عليه لغيره

(١) انظر الهداية شرح البداية (١/١٩١)، وشرح منقح القدير (٣/٢٠٦).

(٢) انظر المبسوط (٣٠/٣٠)، وشرح منقح القدير (٥/٢٦١).

عن ذلك الصمان، فإذا أقرت بالاستيلاء فقد برئ من ذلك الصمان، محصل مقصوده بالأمر، فرجع به عليه، كما لو أمره بقضاء دين آخر.

ولو لم تكن مفروضة، فقد أمره بأن يؤدي شيئاً عنه لم يرجع بها عنه، فإذا مال أدبت وصدقته، فهي تريد أن توجب عليه ضمناً بقولها، فلا تصدق.

١٥٥- وذكر في المتقى عن محمد بن رجل تزوج امرأة نكاحاً فاسداً فوطئها مراراً، فمرق بينهما عليه عقر واحد، وكذلك لو اشترى جارية فوطئها مراراً، فاستحققت عليه عقر واحد، ولو استحققت نصفها فعليه نصف المهر، ولو وطئ مكاتبه مراراً فعليه عقر واحد، والأب إذا وطئ جارية ابنه مراراً فعليه مهر واحد^(١).

ولو وطئ مكاتبته بينه وبين آخر مراراً فعليه نصف المهر لنصفه، وعليه لكل وطء نصف مهر للنصف الآخر، ويكون للمكاتبته، ولو كانت جارية بين رجلين فوطئها أحد الشريكين مراراً فعليه لكل وطء نصف المهر، ولو وطئ الرجل جارية أبيه مراراً وادعى شهة أو جارية امرأته وادعى شهة فعليه لكل وطء مهر.

والمرق أن المنكوحة نكاحاً فاسداً، أو المشتراة مسلمة إليه على حكم عقد فاسد، والتسليم على حكم عقد فاسد يوجب حقاً قبضاً في العين، ويفيد من الملك ما يفيد العقد الصحيح، ألا ترى أن المقروض على العقد الفاسد عندنا مملوك، فقد استوفى الوطاء على حكم الملك فلا يجب أكثر من عقر واحد، كما لو اشترى شراء صحيحاً، أو تزوجها نكاحاً صحيحاً، وكذلك في المكاتبته ملكه في الحقيقة باق إلا أنه جعلها أحق ببدل بضعها، فوقع استيفاءه على حكم ملكه، فصارت كالمنكوحة نكاحاً صحيحاً، وكذلك الأب إذا وطئ جارية ابنه، فقد وطئها على حكم الملك لقوله عليه السلام «هم وأموالهم لكم إذا احتجتم إليهم» فصارت كالمنكوحة على ما بينا.

وأما مكاتبته الغير فلا حق له فيها، وكذلك الجارية المشتركة، فقد وطئ نصيب شريكه لا على حكم ملكه، لأنه علم كون الملك للغير، وجارية الأب لا ملك للأب فيها، ولا حق ملك، بدليل أنه لا يجوز استيلاؤه، فقد وطئها لا على حكم الملك، فصار كل وطء مستوفياً على حكم ملك صاحبها، فصار الثاني كالأول، والأول موحد المعقر كذلك الثاني.

١٥٦- رجل تزوج امرأة نكاحاً فاسداً على جارية بعينها، فدفع الجارية،

(١) انظر شرح فتح القدير (٣/٣٦٥) واللبوط (١٣/١٦١)، وحاشية ابن عابد (٤/٤٦٦).

فأعتقها قبل أن يدخلها، فإن العتق باطل. ولو أعتقها بعد ما دخلها جاز العتق والفرق لأن النكاح العاسد لا يفيد الملك في المهر إلا إذا اتصل بالدخول، كالبيع العاسد لا يفيد الملك إلا إذا اتصل بالقبض، فإذا أعتقها قبل الدخول بها فقد أعتقت مالا ملك فلم يحز.

ولو كان دخلها فقد أعتقت ما ملك فتفد العتق.

١٥٧- إذا كان للمسلم أب كافر ذمي، أو للكافر أب مسلم يحب نفقة الأب على

الابن.

ولو كان له أح كافر لا يجب عليه نفقته.

والفرق أن الكفر لم يقطع الرحم بين الولد والوالد، لأن تلك القرابة متأكدة، بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَبَّذَكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطَعِهِنَّ وَصَاحَتُهُمَا فِي لَدُنِّيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، والذمي يجاهد على الشرك ومع ذلك أمر بصاحته، فجاز أن يؤمر بالإفاق عليه، إذ هو نوع مصاحبة بمعروف وبر.

وأما في غير الوالدين فوجب النفقة لأجل الصلة، والكفر قطع الصلة بينهما، لأن ملك القرابة صعيمة فقطعها الكفر، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المجادلة: ٢٢]، وفي إيجاب النفقة نوع مودة وصلة، فلا يؤمر به مع الكفر، ولهذا المعنى، قلنا: يجوز للمسلم أن يتدبى بقتل أخيه الحربي، ولا يجوز أن يتدبى بقتل أبيه الحربي، لأنه يجب صلة الرحم مع الوالد، ولا يجب صلة رحم من سواه عند اختلاف الدين.

١٥٨- ولا تجب نفقة الأب الحربي على الابن المسلم. وتجب نفقة الأب الذمي.

والفرق أن وصلة أهل الحرب ممنوع منها فلهذا لا يجوز أن يتصدق عليهم، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ وَظَهَرُوا عَلَى إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ﴾ [المنحنة: ٩] وفي إيجاب النفقة نوع مودة، وهذا لا يجوز.

وأما الذمي فمواصله غير ممنوعة، بدليل قوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقْتُلُواكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُواكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ﴾ [المنحنة: ٨] وفي إيجاب النفقة نوع بر، فجاز أن يوجب.

«كتاب الطلاق»

١٥٩- قال أصحابنا (رحمة الله عليهم) يجوز أن يطلق الحامل والأيسة والصغيرة عقب جماعه.

ولا يجوز أن يطلق ذوات الحيض في طهر قد جامعها فيه.
والفرق أن الوطء في الأيسة، والصغيرة والحامل لا يفيد حبلاً، فأشبه عدم عقب الوطء، لحدوث الحمل. فجاز له أن يطلقها كما لو مضت حيضة في دوات الأقرء.
وأما في دوات الأقرء فلم يوحّد ما يؤمن معه وجود الحمل من الوطء، فلم يؤمن التدم، فلا ينبغي له أن يطلقها، لقوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ تَحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ مَرَّةً﴾ [لطلاق: ١]

١٦٠- رجل حلاً بامرأته وهي صائمة في رمضان أو محرمة، فتلك الحلوة لا تكون موحدة لكمال المهر.

ولو خلاها وهي صائمة صوم التطوع كانت حلوة صحيحة.
والفرق أن يسه ويمن الوصول إليها حائلاً من جهة الشرع لا يمكنه رفعه، وهو صوم الفرض، لأنه لا يجوز له أن يقطع صومها، ومسح الإحرام لا يمكن رفعه فصار كما لو كان بينهما ثالث، أو كانت حائضاً، فإنه لا تصح اخلوة به كذلك هذا.
وأما في صوم التطوع فإنه يجوز له أن يقطع صومها، بدليل أنه ليس لها أن تشرع ابتداء فيه إلا بإذنه ويسهما حائل يمكن رفعه، فصار كما لو لم تكن صائمة، أو كانت في الصلاة.

١٦١- للمعتدة من وفاة زوجها أن تخرج بالهار من منزلها.

وليس للمعتدة من الطلاق أن تخرج^(١).

والفرق أن المعتدة من الطلاق تجب نفقتها على الزوج، فقد استعنت بالنفقة عن التكسب، فلم يجز لها أن تخرج، كما لو كانت في صلب التكاح، وكما لو أرادت الخروج للعب.

والمستوفى عنها زوجها لا نفقة لها، فهي محتاجة إلى التكسب، ولو معها من الخروج لأذى إلى الإضرار بها وهذا لا يجوز، فقلنا: لها أن تخرج

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٥٣٦/٣). والمحرم الرائق (١٦٧/٤) والمبسوط للسرغسي (٢٠٣/٥) ونهضة الفقهاء (٢٤٩/٢).

١٦٢- لمطلقة الصغيرة أن تخرج في العدة من طلاق بائن.

وليس للمالعة أن تخرج في حق النكاح.

والفرق أن المص من الخروج في العدة حق الله تعالى، بدليل أن الزوجين لو تراصيا على إسقاطه لا يسقط، والنسبية غير محاطة بحق الله تعالى، وفيه تحصين ماء الزوج، وهي لا تحتاج إليه، محاز لها أن تخرج.

بخلاف ابالعة، ولا يلزم على ما قلنا في الطلاق الرجعي، لأنه لا يرفع النكاح، فبقيت الزوجية، فلم يجر لها أن تخرج إلا بإذن الزوج كغير المطلقة.

١٦٣- الكبيرة إذا كانت عدتها بالشهور مطلقها زوجها واعتدت بثلاثة أشهر، وأقرب بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد ما بينه وبين ستين لرم الزوج.

والصغيرة إذا كانت عدتها بالشهور فأقربت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فإنه يلزم الزوج، ولو أتت به لأكثر من ستة أشهر فإنه لا يلزمه^(١).

والفرق أن الكبيرة لما حبلت تبيها أنها لم تكن آيسة، إذ الآيسة لا تحبل، وأن عدتها لم تكن بالشهور، فلم تفيض العدة بمضي المدة، وإقرارها رد لوجود الحمل، لأن الحمل أكذبه فصار كالكذاب الزوج، فبقيت معتدة فصار هذا علوقاً وحده على فراش الزوج، فلزمه كما لو لم تقر وكانت من ذوات الأقراء.

وليس كذلك الصغيرة لأنها إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر أمكن حدوثه بعد الإقرار، فلم يتبين كذبها في الإقرار بانقضاء العدة، لأنه بوجود الحمل لا يتبين أنها لم تكن صغيرة فلم يطل إقرارها فصار هذا علوقاً بعد زوال الفراش، فلا يلزم الزوج، فإذا أتت لأقل من ستة أشهر تبيها أن العلوق كان على فراشه، وأن عدتها لم تكن بالأشهر، فتبين غلطها في الإقرار فرد إقرارها، فصار كما لو تقر.

١٦٤- إذا قبضت المرأة المهر من زوجها وهو ألف درهم، ثم وهبتها منه ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها أن تغرم له نصف الألف.

ولو كان المهر عرساً فوهبته له، ثم طلقها قبل الدخول لا تعزم له شيئاً.

والفرق أنه لم يوصل تبرعها إليه ما يستحق الزوج عليها بالطلاق قبل الدخول

(١) انظر الهداية شرح البداية (٣٤/٢) والبحر الرائق (١٧٣/٤) والمسبوط (١٦/٦، ٥١)، وشرح صح القدير (٣٢٣/٤) والدائع (١٩٥/٣).

عليها، لأن الدراهم لا تعين في العقد، والدليل عليه أن لها أن تعدل إلى غير تلك الدراهم فتردها عليه عند الطلاق، وللزوج عند العقد أن يسم غيرها إليها أيضاً فإذا لم تعين عند العقد لم تعين عند المسخ، فلم يوصل إليه تبرعها ما يستحقه عليها بالطلاق قبل الدخول، فله أن يرجع عنهما بحمسمائة كما لو لم تنهب منه.

وليس كذلك إذا كان المهر عرضاً لأنه يتعين في العقد، مدلين أن الروح لو أراد أن يسلم عرضاً آخر إليها لم يكن له ذلك، وإذا تعينت عند العقد، تعينت عند المسخ، فقد أوصلت إليه بتبرعها عين ما يستحقه عليها بالطلاق قبل الدخول، فلو أوجس عليها الضمان لأرجس على المتبرع صمماً بتبرعه فيما تبرع به لمن تبرع عليه، وهذا لا يحور، كما لو استحققت الهبة لا يرجع الموهوب له على الواهب بشيء لهذا المعنى، كما هذا.

١٦٥- لو قال لامرأته: أنت علي كمناع فلان، ينوي به الطلاق فإنه لا يقع الطلاق^(١).

ولو قال: أنت علي كالميتة والدم وبوى به الطلاق يقع.

والفرق أن المتاع يحل له بالعقد، فصار كما لو قال: أنت تحلين لي بالعقد، وهي حلال له بالعقد، فلا يقع.

وأما الميتة فإنه لا يجوز استعمالها وهي محرمة عليه، فقد شبهها بما لا يحل له بالعقد، فصار كما لو قال: أنت علي حرام، ولو قال ذلك وبوى به الطلاق وقع، كذلك هذا.

١٦٦- إذا قال لامرأته: وهبتك لأهلك أو لأملك أو لأبيك أو للأزواج ونوى به الطلاق وقع الطلاق، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليه هكذا.

ولو أنه قال وهبتك لأختك أو لحائتك أو لعمتك أو لفلان، أحبي لم يكن طلاقاً. والفرق أن الهبة تقتضي إزالة الملك والمرأة ترد إلى الأم والأب بالطلاق وبملكها الأزواج بعد وقوع المرقعة بينهما، فصار كما لو قال: طلقتك ورددتك إلى أهلك، وأما الأخت والخال والعمة والأخيرة فالمرأة لا ترد بالطلاق على هؤلاء، فقد بوى الطلاق بما لا يقتضيه لمعه، فلم يقع.

١٦٧- لو قال لامرأته أنت طالق وطالق وصالح وهي غير مدخول بها وقعت عليها تطليقة واحدة.

(١) انظر المبسوط (٧٢/٦)، (١٧٢/١٠) وحاشية ابن عابدين (٣١٤/٣)

ولو كانت مدخولا بها وقعت ثلاثاً.

والفرق أنها بالطلقة الأولى حرمت ولا عدة عليها، فصارت أجنبية فلا تلحقها الثانية والثالثة.

وليس كذلك المدحول بها لأنها بالتطبيق الأولى حرمت ووجبت العدة عليها فصار بقاء العدة كبقاء أصل النكاح فلم تصر بائنة فتلحقها الثانية والثالثة.

١٦٨- إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقعت اثنتين.

ولو قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق إلا واحدة وقعت ثلاثاً.

والفرق أنه إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، فقد استثنى بعض ما نطق به والاستثناء مع المستثنى أحد اسمي ما بقي، فصار كما لو قال: أنت طالق اثنتين.

وأما إذا قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق إلا واحدة. فقد استثنى جميع ما نطق به، لأنه تلفظ بالواحدة واستثنى الواحدة وإذا عقد ثلاث عقود، واستثنى أحد العقود لم يصح، كما لو قال: عمرة طالق إلا عمرة. فإنه لا يصح الاستثناء، كذلك هذا.

١٦٩- ولو قل: كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق، ثم طلقها واحدة، صارت طالقاً أخرى، ثم صارت طالقاً أخرى فيقع ثلاثاً.

ولو قال: كلما طلقك فأنت طالق أو كلما قلت: أنت طالق فأنت طالق فطلقها واحدة فهي طالق باليمين الأولى، فلا يقع باليمين الثانية.

والفرق أن شرط حثه في المسألة الأولى وقوع الطلاق عليها، والأولى قد وقعت بإيقاعه، فوجد شرط حثه في الثانية، فوقعت أخرى ووجد شرط حثه في اليمين الثالثة بوقوع الطلقة الثانية فوقعت الثالثة.

وليس كذلك إذا قال: كلما طلقك فأنت طالق، لأن شرط حثه إيقاع طلاقه عليها، ولا وقوع الطلاق، والإيقاع فعله، وقد وجد الإيقاع مرة، فوقعت واحدة ووجد شرط حثه في الثانية فوقعت الثانية، وشرط حثه في الطلاق الثالث إيقاع الثانية لا وقوعها ولم يوجد فلا يقع.

فإن قيل ليس عند وجود الشرط يقع الطلاق بإيقاعه فيكون مطلقاً فيجب أن تقع الثالثة.

قلنا: قوله «كلما طلقك» يمين واليمين بحمل على العرف والعادة حرت بأن الرجل إما يمع نفسه عما يقدر على الامتناع منه، فيحمل قوله كلما طلقك على إيقاع مستنداً أو يعقده مستنداً حتى يوصف بأنه يقدر على الامتناع منه، وإذا حملها عليه ولم

يوجد لم يقع.

١٢٠- إذا قال لامرأته: أنا بائن، ولم يقل منك، ومضى الطلاق لم يقع^(١).

ولو قال: أنت بائن، ولم يقل «مسي» وقع

والمرق أن الرجل يكون بائناً من غيرها بأد يطلق أخرى، ولما لم يقل منك منه
بصف التحريم إليها فلا يقع

وأما إذا قال: أنت بائن فإنها لا تكون بائة إلا منه، فاستغنى عن إضافة السوية إلى
نفسه موقف.

١٢١- لو قال: يوم لا أطلقك فيه فأنت طالق، فمضى يوم ولم يطلقها فيه طلقت،
وإن مضت ليلة لا تطلق.

ولو قال: يوم أدخل دار فلان فامرأته طالق ولا بية له، فدخلها ليلاً أو نهراً حث.
والفرق أن اليوم حقيقة لبياص النهار، وقد يصر به عن مطلق الوقت، والدليل عنه
قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يُؤْلِهِمْ يَوْمَئِذٍ دُفُّوا﴾ [الأفعال: ١٦]، ويراد به الوقت ويقال: أيام سي
العاس وسي أمية، ويقال لا أراي الله يومك، يعني وقت وفاتك، وقوله: لا أطلقك غي
المعل وفي الفعل لا يحتاج إلى طرف يقع فيه فلو حملناه على الوقت لحملناه على ما لا
يحتاج إليه فلا فائدة في حمله على الوقت، واللفظ إذا كان يصح لشئين ولم يحز حمله على
أحدهما وجب أن يحمل على الآخر، وحمله على النهار حمل على حقيقته فحمل عليه.

وليس كذلك قوله: يوم أدخل دار فلان، لأنه إثبات الفعل، وإثبات الفعل يقتضي
طرفاً من مكان أو زمان يقع، فلو حملناه على الوقت حملناه على ما يحتاج إليه اللفظ،
وحملناه عليه إذ هو أعم، فصار كأنه قال: أي وقت دخلت دار فلان فأنت طالق، فكل
وقت دخلها ليلاً أو نهراً طلقت وكذا هذا.

وكان القاضي الإمام رحمه الله يقرر هذا الكلام على هذا الوجه. ثم قرره على وجه
آخر فقال: إن قوله: يوم لا أطلقك فأنت طالق، إيجاب لإيقاع الطلاق، لأنه عاقب نفسه
على ترك الإيقاع، فصار موجباً لإيقاع الطلاق، لأن من عاقب نفسه على ترك شيء صار
موجباً فعل ذلك الشيء وإيجاب الفعل يقتضي ظرفاً من مكان أو زمان يقع فيه، فلو
حملناه على جميع الأوقات لألغيناه، لأنه لو لم يقل يوم لكان أيضاً هكنا، فحملناه على

(١) انظر البحر الرائق (٣/٣٠٢، ٣٠٣) والمبسوط (٦/٨٣) وحاشية ابن عابدس (٣/٢٧٢، ٢٧١)،
والبدائع (٣/١١٧).

يباح النهار وهو حقيقة في اللفظ فلا بحث بمضي الليل.
وليس كذلك قوله: يوم أدخل الدار، لأنه باقي الفعل، لأنه عاقب نفسه على الفعل وهو الدخول، فصار باقياً له وبقي الفعل لا يقتضي صرفاً من مكان أو زمان يقع فيه، وهو حملناه على النهار لحملناه على ما لا يحتاج اللفظ إليه، فلا يحمله عليه، فكأنه لم يذكر اليوم، ففي أي وقت وجد الدخول حدث.
ووجه آخر وهو أن قوله: يوم لا أطلقك ففي الفعل وشرط حثه أن لا يوقع عليها الطلاق، فلو حملناه على عموم الأوقات لأدى إلى منع لزوم الطلاق أبداً، لأنه ما لم تمض جميع الأوقات لا يقع، وهو قد ألزم نفسه الطلاق، فلا يجوز أن يبطل، فإذا لم يحمل على عموم الأوقات حصل على يباح النهار.
وليس كذلك قوله يوم أدخل دار فلان فأنت طالق، لأن شرط حثه إيقاع الطلاق، وهو إثبات للفعل وإثبات الفعل يقتضي طرفاً من زمان يقع فيه، ففي حمله على عموم الأوقات لا يكون إلغاء للفظ، لأنه في أي وقت يوجد الدخول يقع، فجاز أن يحمل عليه فصار كأنه قال: في كل وقت أدخل الدار فأنت طالق، فأى وقت دخلها وقع، كذلك هذا.
١٧٢- إذا قال: زيب طالق، ثم قال: بويت به امرأة أخرى أحسية تسمى زيب لم يصدق^(١).

ولو قال: إحداكما طالق لأجنبية ولامرأته، ثم قال: نويت به الأجنبية يصدق.
والمرق أن ظاهر قوله: زيب طالق أنه قصد به إيقاع الطلاق، وقوله: زيب اسم علم، وأساء الأعلام عند المعاينة تجري مجرى الإشارة، ولو أنه أشار إليها، وقال: أنت طالق، ثم قال: بويت أخرى لم يصدق، ويحمل اللفظ على ما يفيد، ولا يلفو، كذلك هذا.

وبس كذلك قوله: إحداكما طالق، لأن قوله: إحداكما ليس باسم علم، وإنما هو اسم جنس، كل واحد منهما في دخوله تحت هذا اللفظ كالأخرى، فكأنه قال: هذه طالق أو هذه، ولو قال لم يقع الصلح على امرأته، كذا هذا.

١٧٣- إذا قال لامرأته: أنت طالق اليوم غداً، فهي طالق اليوم.
ولو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، فهي طالق متى طلع الفجر.

(١) انظر البحر الرائق (٢٦٤/٣)، (٢٧٥/٤)، والميسوط (١٢١/٦)، وابن عابدين (٢٩٢/٣)، وشرح فتح القدير (١٥٧/٤، ٢٥٤) والبدائع (١٥٨/٣).

والفرق أنه أوقع الطلاق في وقت، ووقت ذلك الوقت بوقت آخر، والتوقيت لا يتوقت بوقت آخر، لأن اليوم لا يكون غداً، فم يصح التوقيت فوقع الطلاق وبطل الوقت الثاني.

وليس كذلك قوله: إذا جاء غداً، لأنه وقت الطلاق بوقت، وعلمه بشرط، مطلق التوقيت وتعلق بالشرط، فما لم يوجد الشرط لا يقع، كما لو قال: أنت طالق إذا دخلت الدار، فما لم يدخل الدار لا تطلق، كذلك هذا.

١٧٤- إذا قال لامرأته: أنت طالق في مكة، أو في ثوب كذا، طلقت في الحال في القضاء، وإن نوى إذا قدم مكة.

ولو قال: في دهابك إلى مكة أو دخولك دار فلان أو في مرضك، فما لم يوجد لا يقع.

والفرق أنه أوقع الطلاق في ظرف وهو مكة، والظرف موجود فوقع في الحال، كما لو أوقعه في وقت موجود، وهو أن يقول: أنت صالط اليوم فإنه يقع، كذلك هذا. وليس كذلك قوله: في مرضك، لأنه أوقع الطلاق في ظرف غير موجود، فما لم يوجد لا يقع، كما لو قال: أنت طالق غداً، فما لم يوجد لا يقع، كذلك هذا.

أو يقول الذهاب والدخول والمرص فعل لا يجوز أن يكون ظرفاً، فصار المراد به المقارنة، لأن كلمة «في» تطلق ويراد بها «مع»، قال الله تعالى: ﴿فَأَذْخُلِي فِي عِبْدِي﴾ [المقارنة، لأن كلمة «في» تطلق ويراد بها «مع»، قال الله تعالى: ﴿فَأَذْخُلِي فِي عِبْدِي﴾ [الفجر: ٢٩، ٣٠]، أي مع عبادي، فقد أوقع الطلاق مقارناً للذهاب، فلما لم يوجد لا يقع.

١٧٥- إذا قال لامرأته: إن كان في بطنك غلام فأنت طالق، فولدت علاماً وجارية وقع.

ولو قال: إن كان حملك غلاماً فأنت طالق، فولدت غلاماً وجارية لا يقع.

والفرق أن الحمل عبارة عن جميع ما في البطن، بدليل أن الله تعالى قال: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْزَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، فما لم تضع جميع ما في البطن لا تنقضي العدة، فدل على أن الحمل عبارة عن جميع ما في البطن، فشرط حته أن يكون جميع ما في بطنها غلاماً أو جارية ولم يوجد فلا يقع.

وليس كذلك قوله: إن كان في بطنك علام، لأن في اللطرف، فيقتضي كون بطنها ظرفاً للغلام، وقد وجد مع غيره فلا يخرج من أن يكون ظرفاً للغلام، فقد وجد موجود

شرط حثه بيقع. ١٢٦- ولو قال لامرأته: أنت طالق واحدة، لا بل اثنتين، وهي مدخول بها طلفت

ثلاثاً.

ومثله لو قال: كنت طلقك واحدة لا بل اثنتين، طلقت اثنتين. والفرق أن قوله: أنت طالق واحدة، ابتداء الإيقاع، لأنه لم يسبقه ما يمكن أن يجعل هذا إخباراً عنه، فوقعت واحدة، وقوله: لا، رجوع والرجوع عن الطلاق الواقع لا يصح، ولست استدراك، والاستدراك يصح فوقعت الثانية والثالثة. وليس كذلك قوله كنت طلقك، لأن هذا إخبار عن إيقاع سابق، فإذا قال، لا، صار راجعاً عما أقر به ورجوعه لا يصح، و«بل» استدراك، وقد سبق ما يمكن أن يجعل الثاني راجعاً إليه وإخباراً عنه، فصار كما لو قال: كنت طلقك واحدة لا بل كنت طلقك تلك الواحدة، وأخرى معها، فلا يقع.

١٢٧- إذا قال: أول امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأتين في عقد لم تطلق واحدة منهما.

ولو قال: إذا تزوجت امرأة فهي طالق، فتزوج امرأتين في عقد طلقت إحدهما. والفرق أن الأول اسم للسابق المفرد الذي لم يسبقه غيره ولم يشاركه في الاسم سواء، ولم يوجد في المرأتين هذه الصفة فلم يقع. وليس كذلك إذا تزوج امرأة فهي طالق، لأن شرط حثه تزوج امرأة، وانضمام أخرى إليها لا يسمع وقوع الطلاق، كما لو قال: أنت طالق إن كلمت زيداً وكلم زيداً وعمراً وقع الطلاق، كذلك هذا.

١٢٨- إذا قال لامرأته: إن قعدت فأنت طالق، وهي قاعدة، فإنها تطلق. ولو قال لامرأته: إذا دخلت البار فأنت طالق، وهي داخلية الدار لا تطلق والفرق أن استدامة القعود قعود، بدليل أنه يقال قعدت من أول الليل إلى آخره، فقد وجد ما نفاه بعقده فحمت في يمينه.

وأما الدخول فالبقاء على الدخول لا يكون دخولاً، لأنه لا يقال: دخلت الدار شهراً، والدخول عبارة عن الانفصال من الخارج إلى الداخل، ولم يوجد بعد يمينه فلا يقع

١٢٩- إذا قال لامرأته: مائة طالق، وذلك اسم امرأته طلقت، ولم يصدق في صرف الطلاق عنها في القضاء، وكذلك العتاق.

ولو قال لملان: علي ألف درهم، فجاء رجل بذلك الاسم، مدعاه لم يدريه دفع المال إليه إذا أكره.

والمرق أن هذا اللفظ موضوع لإيقاع الطلاق، فالظاهر أنه يقع الطلاق على امرأة تنسب إليه، وهذه المعروفة هي المنسوبة إليه بالرجية، يوقع عليها. وليس كذلك الإقرار، لأن الإقرار إيجاب للحق على نفسه، ولا طاهر يقتضي صرعه إلى هذا دون هذا، إذ الإقرار يجور لكل واحد منهما، وكل واحد منهما في استحقاق هذا المال كصاحبه، نصار إقراراً مجهول، فلم يصح، وله أن يصرعه إلى أيهما شاء.

١٨٠- إذا شهد شاهدان على الطلاق واختلعا في الوقت قبلت شهادتهما ولو اختلعا في النكاح في الوقت لم تقبل^(١).

وافرق أن الطلاق قول، والقول يحكى ويعاد، فيكون الثاني هو الأول، ألا ترى أن القرآن يثلي مرة بعد أخرى فيكون الثاني هو الأول، فلم يثنى اختلاف في الشهادة، فقلت.

وليس كذلك النكاح، لأنه يحتاج في صحته إلى الشهادة، وحضور الشهود، والحضور فعل، والمعل لا يحكى ولا يعاد ويكون الثاني غير الأول، فقد شهدا على معينين مختلفين يحتاج كل واحد منهما إلى شاهدين، والقائم به واحد فلم يثبت لا هذا ولا ذلك.

١٨١- ولو قال مريض لأخته: أنت حرة غداً، وقال الروح: أنت طالق ثلاثاً بعد غداً، وهو يعلم بمقالة الأول فهو فارٌّ، وإن لم يعلم فلا يكون فارّاً. ولو أن المولى اعتقها ثم طلقها الزوج ثلاثاً وهو لا يعلم بالعنق كان فارّاً ولها الميراث.

والمرق أنه حين عهد لم يكن حقها متعلقاً بماله، ولم يقصد قطع حقها بيمينه أيضاً، إذ لم يتعلق حقها بماله، فكيف يقصد قطعه، فلم يكن فارّاً فإذا علم كان قاصداً قطعه فكان فارّاً.

وأما إذا نحر العنق فحين طلق كان حقها متعلقاً بماله إلا أنه جهل وبحيله يتعلق حقها بماله لا يوجد انقطاع حقها لوجود الطلاق، كما لو طلقها وهو لا يعلم أن الطلاق

(١) انظر شرح فتح القدير (٤/٧٥).

في المرض لا يوجب قطع الميراث فإنها ترث وجهه لا يقطع حقها، كذلك هذا.
١٨٢- إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ثم ارتدت عن الإسلام، ثم أسلمت وهي في
العدة فلا ميراث لها^(١).

وبمثل أنه لو طلقها طواعية ابن زوجها، ثم مات وهي في العدة فإنها ترث.
والعرق أن الردة معنى يوجب قطع الإرث، بدليل أنه يقطع إرثها عن سائر
الأقرباء، فهي بالردة صارت راضية بانقطاع حقها عن ماله فانقطع.
وليس كذلك المطاوعة، لأن نفس المطاوعة لابن الزوج لا يوجب قطع الإرث،
بدليل أنه لا يقطع إرثها عن سائر الأقرباء، والفرقة لم تقع بالمطاوعة وإنما وقعت
بالطلاق، فلم تصر راضية بقطع حقها عن ماله فلا ينقطع.
١٨٣- إذا جاءت الفرقة من قبل المرأة في مرض الزوج، بأن طاعت ابنه على
الحماح فلا ميراث لها منه.

ولو طاعته بعد الطلاق في مرض الزوج، والطلاق كان في المرض لم يقطع إرثها.
والعرق أن الفرقة وقعت بمطاعتها ابن زوجها، لما جامعها قبل الطلاق، فصارت
راضية بانقطاع حقها عن ماله فلا ترث، كما لو سألت الطلاق.
وبين كذلك إذا طاعت بعد الطلاق، لأن الفرقة لم تقع بالمطاوعة، وإنما وقعت
بالطلاق، وقد بينا أن المطاوعة لا توجب قطع الإرث، فمصر راضية بانقطاع حقها
عن ماله فلم ينقطع.

١٨٤- إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ثم قال بعد شهرين: أحبرتني أن عدتها قد
انقضت، فكذبته، ثم تزوج أربع نسوة في عقد واحد، أو تزوج أختها فالقول قولها،
والميراث لها إن مات، ولا يصدق على إبطال نفقتها وميراثها إن جاءت بولد ويشت
نسبه منه ولو قضى لها بالإرث بطل نكاح الأربع نسوة، والأخت.
وبو قضى لها بالنفقة لم يبطل نكاحهن.

والعرق أن القاضي لو قضى بثبوت النسب والإرث فقد طهر كذب الزوج، لأن
النسب لما يثبت بمعنى متقدم على هذه الحالة، وهي حالة العلوق، وكذلك الميراث لما
هو من أحكام الكاح، فصار الحكم بثبوت النسب والميراث حكماً بقاء الزوجية بينهما
في الماضي، وإذا كن كذلك فقد طهر كذب الزوج فقد تزوج أختها وهي نichte، وكذلك

(١) انظر البحر الرائق (٥٣/٤) والمبسوط (١٦٤/٦)

أربعاً سواها فلم يحز.

وليس كذلك إذا قصى بالنفقة، لأن النفقة نجب لمضى مستقبل، لأنها نجب يوم بعد يوم، فلم يكس القضاء بالنفقة قضاء بقاء، الروحية بينهما في الماضي فصلاً مبرحاً اختبأ أو أربعاً سواها بعد انقضاء عدتها إذا لم يوجد ما يبطله مكان الميراث هي دجج.

١٨٥- امرأة أيام حيضها قارة خمسة، وقارة سعة، مطلقت في الميراث فاستحيضت، أخذت في الميراث والصلاة بحمسة وفي الترويح بسعة

والفرق أننا تشككنا في مقدار مدة حيضها، ويحوزها قد طهرت ووجبت الصلاة عليها، ويحوزها لم تطهر ولا صلاة عليها، فلأن تصلي في وقت لا صلاة عليها به أولى من أن تدعها في وقت كان واجباً عليها في ذلك الوقت، وكذلك شككنا في وجوب الإرث لها فلا ترث بالشك.

وشككنا في إباحتها للأزواج، والأبصار يحتاط فيها ولا تباح باللبس والإشكاك، فلا تدع التزوج في وقت يحل لها التزوج فيه أولى من أن تزوج في وقت لا يجوز لها ذلك.

١٨٦- إذا طلق الرجل امرأته وها منه ولد، فللمرأة أن تخرج بالولد بعد انقضاء العدة إلى مصرها إن كان الكاح وقع هناك.

وإن كان النكاح وقع في غير مصرها لم يكن لها أن تخرجه إلى مصرها، ولا حيث وقع النكاح هناك.

قال القاضي الإمام رحمه الله إن كان العقد في المصر والطلاق في ذلك المصر وليس لها أن تخرج بالولد إلى مصر آخر، وإن كان العقد في مصرها والطلاق في غير مصرها فلها أن تخرج بالولد إلى مصرها، وإن كان الكاح في غير مصرها والطلاق في مصر غيرها، مثل أن يتزوجها بمكة وقد خرجت حاجة، ثم نقلها إلى بلدة بطلقها فلا تخرج بالولد إلى بلدها ولا إلى البلد الذي تزوجها فيه.

والفرق بين هذه المسائل: أن الولد مستفاد على ملك المراهق، وذلك العقد أوجب تسليم الأم في ذلك المصر، فكذلك الولد المستفاد عليه، فصار كون الولد في ذلك البلد موجباً للعقد، وفي الخروج عن المصر ضرر بالصبي، لأنه يغيب عن الوائد فلا يخرج، ويراعى حق العقد وحق الولد، فإن كان النكاح في مصرها والطلاق في مصر آخر فانهقد يوجب التسليم في مصرها، فكذلك الولد المستفاد منه، فصار نقلها إلى بلدها من موجب العقد فيجب أن ينقل.

وإن كان الكاح في غير مصرها والطلاق في غير مصرها فلا تخرج بالولد إلى

مصرها، لأن العقد لا يوجب نسلياً في مصرها، لأنه لم يتزوجها فيه، فلا يجب تسليم
الولد في تلك البلدة، ولا ينقلها إليه، ولا ينقلها إلى البلد الذي تزوجها فيه، لأن في
إصراراً بالولد لأنه ليس له في تلك البلدة أحد من أقربائه وأقرباء أبيه، وموجب العقد إما
يراعى إذا لم يؤد إلى الإصرار بالصبي، لأن موجب العقد من حق الصبي، وهذا يؤدي إلى
الإصرار به فلا يراعى موجب، ألا ترى أنها لو ارتدت ولحققت بدار الحرب، لم يكن لها
حق في الولد كذلك ههنا، فالخاضع في هذه المسائل: أن يراعى موجب العقد في التسليم،
ويصان الصبي عن الضرر.

١٨٧- رجل طلق امرأته طائعا، ثم قال: عنيت به طلاقاً من وثاق، لا يصدق.
والمكره لو قل مثل ذلك يصدق.

والفرق أن حالة الطوع لم يفترق باللفظ ما دل على أنه أراد به غيره، والظاهر في
اللفظ الإيقاع، فإذا قل: نويت به غيره لم يصدق.

وليس كذلك حالة الإكراه، لأنه افتترق باللفظ ما دل على أنه لم يرد به الطلاق، إذ
لو كان قاصداً للطلاق لما احتاج إلى الإكراه، فقد ادعى والظاهر معه فكان القول قوله.
١٨٨- إذا خلع الرجل ابنته الصغيرة أو الكبيرة من زوجها على صداقها ولم يدخل
بها وصمه الأب وقع الطلاق^(١).

وإن لم يضمنه الأب لم يقع، ذكره في كتاب الخيل.
والفرق أن الزوج أراد ملكه عن بعضها بشرط أن يسلم البذل له، فإذا ضمن فقد
سلم له البذل، بحصل مقصوده بالعقد موقع.

وليس كذلك إذا لم يضمن، لأنه لم يحصل مقصوده بالعقد، وهو إما رضي برؤا
ملكه عن النضع بشرط أن يسلم البذل به، ولم يسلم فلم يقع الطلاق.

فإن قيل ليس لو خلعها على حمر أو خنزير فقبلت وقع الطلاق، وإن لم يحب البذل.
وكذلك الصغيرة إذا اختلعت نفسها من زوجها فالطلاق واقع، وإن لم يحب البذل عليها.

فلما: يستحيل وجوب الحمر بالعقد للمسلم، وكذلك يستحيل وجوب الخيل على
الصغيرة بعقدها، فقد ذكر البذل في عقد يستحيل ثبوته فيه، فكان الشرط فيه القول دون
الزوم، فصار كما لو قال: إن قبلت فأنت طالق، فإذا قبلت وقع الطلاق ولم يجب البذل

(١) انظر اهداية شرح البداية (١٧/٢)، والبيوع (٤/١٧)، والبدائع (١٤٦/٣) والجامع الصغير (ص
٢١٥)

لاستحالة الذي ذكرنا، وليس كذلك البائع، لأنه يجوز وجوب البذل بعقده، فإذا دى البذل كان قاصداً استجابة، فإذا لم يجب البذل لم يستحق عليه المبدل.

١٨٩- إذا قال الرجل لامرأته: طلقتك أمس بألف فلم يقبل، أو عى ألف، وقالت: كنت فلت، فالقول قول الروح مع يمينه.

ولو قال لرجل: بعث بك هذا الشيء أمس فسم تقبل، وقال المشتري فلت، فالقول قول المشتري.

والفرق أن عقد البيع لا يكون إلا ببدل، فإذا أقر بالبيع فقد أقر بوجوب البذل، ووجوب البذل لا يكون إلا بقول المشتري، فصار كأنه قال: بعث وقبلي، ثم قال لم تقبل فلم يصدق.

وليس كذلك في باب الطلاق، لأن الطلاق قد يكون بغير بدل، فلم يكن إقراره بالطلاق إقراراً بوجوب البذل له، وإذا لم يقر بوجوب البذل لم يكن مقراً بقول المرأة البذل، فصارت تدعى عليه القبول، وهو يكر فالقول قوله مع يمينه.

١٩٠- إذا كان النشوز من قبل المرأة جاز للزوج أن يخلعها، ولا تزيد على ما أعطها.

وإن لم يكن النشوز من قبلها كره له أن يخلعها، وأن يأخذ منها شيئاً لا قليلاً ولا كثيراً.

والمرق أنه هو المعتدي في السبب، لأن عليه أن يعاشرها بالمعروف قال الله تعالى ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩]، فإذا أساء في العشرة فقد تعدى في السبب، فكره له أخذ البذل.

وإن كان النشوز من قبلها فهي المعتدية في السبب، فصارت كالمصلحة إياه إلى الخلع، فكان له أن يأخذ عليه بدلاً، ويكره الزيادة للحجر أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، لا أنا ولا ثابت ما معه إلا كهدة ثوبى هنا، فقال: «أتريدن عليه حديقته؟»، قالت: نعم وزيادة، فقال: «أما الزيادة فلا»^(١)، مدل على جواز الخلع عليه وكراهة الزيادة^(٢).

(١) رواه البخاري (٢٠٢١/٥، ٢٠٢٢) وانظر مصب الراية (٢٤٤/٣)، والدرية تحريج الهدية (٢) ٧٥) وسبل السلام (١٦٧/٣) والسبل الجرار (٢٤٤/٢) وسبل الأوطار (٣٤/٧) وبداية المجتهد (٥٠/٢).

(٢) انظر الجامع الصغير للشيباني (ص ٢١٦)، والميسوط (١٨٣/٦) وشرح فتح القدير (٢١٤/٤).

١٩١ - إذا قال لها: أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم، أو قال: على ألف، فهو

سواء، فإن قلت في ذلك المجلس وقع الطلاق عيها.

وبمثل لو قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، أو إذا أعطيتني، أو متى أعطيتني

قلت، فإنه لا يقع الطلاق عليها ما لم تدفع له الألف.

والفرق أن لفظ الإعطاء يطلق ويراد به المساواة، بدليل أنه يقال: أعطته كذا يعني

ناولته، ويطلق ويراد به التملك، لأن اللمة والعطية عبارتان عن معنى واحد وهو التملك،

فإذا قال: إن أعطيتني أو إذا أعطيتني أو متى أعطيتني لم يكن حمله على التملك، لأن تعليق

التملك بالشروط لا يصح، فحملناه على المساواة، فكانه قال: إن ناولتني ألف درهم فأنت

طالق، ولو قال كذلك لم يقع الطلاق إلا بالمساواة، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال على أن تعطيني ألفاً، لأن ههنا يمكن حمله على التملك،

فحملناه عليه، فكانه قال: إن ملكتني ألف درهم فأنت طالق، ولو قال كذلك وقع

الطلاق بالقبول، كذلك هذا.

وإن قيل أليس عند أبي حنيفة رحمه الله لو قالت: طلقني ثلاثاً على ألف درهم

مطلقاً واحدة لم يقع شيء من البذل ولا يجعل بمعنى المعاوضة، ومعنى قوله بألف درهم

هذا جعل ههنا كذلك حتى يكون بمعنى الشرط.

قلنا: الفرق بينهما أن قولها: طلقني ثلاثاً على ألف درهم ليس بإيقاع لمطلق وإنما

هو مسألة الطلاق، وعنى إذا أدخل على غير معقود فكان بمعنى الشرط لأنه يؤدي إلى

إيجابه، ويحوز تعليقه بالشروط، وفي مسائلنا عقد الطلاق وتعيق العقود بالشروط لا

يجوز، فلا نحمله على الشرط لأنه لا يؤدي إلى الغاية.

١٩٢ - إذا وكل رجلين بالخلع ليس لأحدهما أن يتفرد بالخلع.

ولو وكل رجلين بالطلاق لأحدهما أن يتفرد به^(١).

والفرق لأن المقصود بعقد الخلع المال، فصار كالبيع، وليس لأحد الوكيلين بالبيع

أن يتفرد به، كذلك هذا، والمعنى فيه أنه أشرك بينهما في الرأي والاختيار والشيء مما

يحتاج فيه إلى الرأي والاختيار، فلم يكن رضاه برأي أحدهما رضاً برأي الآخر ممن يلزمه.

وليس كذلك الطلاق، لأن المقصود منه ليس هو المال، فقد أمرهما بتعبد فونه.

والبيات (١٥٠/٣)

(١) انظر البحر الرائق (١٧٥/٧) والمبسوط (١٩٣/٦)، (١٢٥/١٩).

وامتنال أمره فيما لا يحتاج فيه إلى الرأي والاختيار، فصار كما لو أمرهما ببيع الرسالة، فلا أحدهما أن يهرد شليح الرسالة، كذلك هذا.

١٩٣- إذا خلعها على دراهم موجدتها زبواً فنه أن يردّها.

ولو خلعها على جارية موجدتها معيبة عيباً يسيراً لا يردّها.

والفرق أنه يستدرك بالرد في الدراهم بدلاً، لأنه لو ردها لرجع عليه بمنها حياتاً، فكان له أن يردّها.

وليس كذلك الجارية، لأن لا يستدرك بالرد بدلاً، لأنه لو ردها لرجع بقيتها، والمقومون يخسفون فيها، فإذا لم يستدرك بالرد بدلاً لم يكن في الرد دالة فلا يرد.

١٩٤- ولو قال لامرأته: طلقي نفسك، فلها أن تطلق نفسها ما دامت في المجلس.

ولو قال لأجنبي: طلق امرأتى، فله أن يطلقها بعد المجلس وقيله.

والفرق أن قوله: طلقي نفسك شليك الرأي والاختيار، وليس بتوكيل، لأنه أمر بالتصرف، ويستحيل أن تكون وكالة بالتصرف لنفسها، لأن من اشترى لنفسه شيئاً لا يحمل وكالة فصار شليكاً للرأي والاختيار، يقتصر على المجلس، كما لو قال: أنت طالق إن شئت، وكعيار القبول في البيع.

وبس كذلك الأجنبي، لأن هذا توكيل وليس بتمليك، لأنه لا يستحيل أن يكون الأجنبي وكالة بالتصرف فلا يحمل تملكاً إلا بقرينة، ولم توجد فمقي توكيلاً، والتوكيل لا يقتصر على المجلس.

١٩٥- ولو قال: أبرئ نفسي من الدين الذي عليك - لا يقتصر على المجلس.

ولو قال: طلقي نفسك يقتصر على المجلس.

والفرق أن قوله: أبرئ نفسي، يحتمل معنى التملك، لأنه يصرف لنفسه، ويحتمل معنى التوكيل، لأنه لا يملك ما في دمه بالإبراء، وفي التملك تعليق بالشرط لأنه يصير في التقدير كأنه قال: إن قبلت في المجلس وأبرأت نفسك برئت، وتعلق الإبراء بالشرط لا يجوز، فلا يمكن أن يحمل شليكاً فصار توكيلاً، والتوكيل لا يختص بالمجلس.

وليس كذلك إذا قال: طلقي نفسك، فإنه يحتمل معنى التملك والتوكيل، وفي التملك معنى التعليق بالشرط، والطلاق يصح تعليقه بالشرط، فلا ضرورة بنا إلى أن يجعله توكيلاً فمقي تملكاً فيختص بالمجلس.

١٩٦- إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً إن شئت، وهي غير مدخول بها، ففانت:

قد شئت واحدة وواحدة وطبقت ثلاثاً.

ولو قالت: شئت واحدة وسكنت، ثم قالت: شئت واحدة وواحدة ثم يقع شيء.
ولو قال رجل لامرأته وهي غير مدخول بها أنت طالق واحدة طلقت واحدة.
والمرق أن قوله: إن شئت شرط، والخبراء يتوقف على وجود كمال الشرط، ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار - لم يقع شيء حتى تدخل الدار، ثم يقع ثلاثاً عند الدخول ولا يسقط الأول الثانية، كذلك هذا وقف الطلاق الأول على الثاني والثالث، فإذا عطمت الثاني على الأول والثالث على الثاني صار الجميع جواً له فوق الكل.

وليس كذلك إذا قالت: شئت واحدة، وسكنت، ثم قالت: شئت واحدة وواحدة، لأنها لم تعطف بعض الكلام على بعض، وقد علق الطلاق بمشئته الثلاث، وإذا قالت: شئت واحدة، وسكنت، فقد أعرضت عما جعل إلهاء، فخرج الأمر من يدها - فلم يقع شيء، كما لو قامت من المجلس.

وليس كذلك إذا قال: أنت طالق وطالق وطالق، لأن هذا إيقاع، والإيقاع لا يقف بعصه على بعض فبانت بالأولى، فلا تلحقها الثانية والثالثة.

١٩٧- إذا قال لامرأته: طلقني نفسك، ثم نهاها في المجلس، ثم طلقت نفسها وقع الصلاق. ولو قال لأجنبي: طلق امرأتي ثم نهاه، ثم طلق لم يقع.

والمرق أنه إذا قال لأجنبي: طلق فهذا توكيل، لأنه يصرف لغيره بأمره، فكان توكيلاً فيطل بالسهي كالتوكيل بالبيع.

وليس كذلك المرأة لأنها تنصرف لنفسها فلا تكون وكيلة، لأنها يستحيل أن تكون وكيلة فيما تنصرف لنفسها، فصار تمليكاً، والسهي بعد التملك لا يصح.

والمعنى فيه أن هذا تمليك فيما إذا جرى لا يفسح، فلم يكن لموجهه إبطائه، كما لو زوج أمته ثم أعتقها، فقال قد أعطيت خيارك لم يصح، كذلك هذا، ولأن قوله طلقي فيه معنى اشترط، ومعنى التملك، فيما كان فيه معنى الشرط قلنا: لا يكون لموجهه (إبطاله)، كما لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق لم يكن له إبطائه، وما فيه من معنى التملك قلنا: يقتصر على المجلس، فيكون فيه توفير حظه من الشبهين.

١٩٨- إذا كان الرجل مع امرأته على دابة في عمل واحد فسارت الدابة بضل خيارها. وإذا تعاقدنا عقد الصرف وهما على دابة فسارت لم يطل العقد.

والفرق أن سير الدابة مضاف إليهما، بدليل أنهما يقدران على إمساكها، ولو وطئت الدابة رجلاً أو شيئاً كان الصمان عليهما، فقد وجد مهما ما يدل على الإعراض

مطل الخمار.

وليس كذلك المصارفون، لأن سيرهما يدل على الإعراض عن القصد والإعراض عن القصد في الصرف لا يبطل العقد، ألا ترى أنه لو قل: لا أقصد أو اشتغل بعمل آخر لم يبطل خبره.

١٩٩- إذا قال لامرأته: اختاري، فقالت: طلفت بمسي واحدة وقع الطلاق^١.

ولو قال: طلقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي - لا يقع شيء.

والمرق أن قولها: اخترت، لا يوجب إيقاع شيء، لأنه من فعل انقلب، كقوله: أحبى أو ارتدي، إلا أن الدلالة قد قامت على أنها إذا قالت عقيب قوله: اختاري، فإنه يقع فهو مخصوص، والباقي باق على أصل القياس، ولأن قولها: طلفت أكد من قولها: اخترت، بدليل أن الطلاق يقع ويعمل من غير قرينة، والاختيار لا يعمل من غير قرينة، لأنه لو خيرها ولم يرد به انطلاق لا يقع، ولو طلقها ولم يرد به الطلاق وقع، وكل واحد موجب لمرقة، فكان الأضعف في ضمن الأكيد، فكأنها قالت: طلفت بمسي، وزادت عليه موقع الطلاق.

وإذا قال: طلقي نفسك فقالت: اخترت، فالأكيد لا يكون في ضمن الأضعف، وإذا جعل إله الطلاق، فاختارت، فلم تفعل ما جعل الزوج إليها فلا يقع، كما لو قال: سني الطلاق، فقالت: اخترت نفسي.

٢٠٠- إذا قال لامرأته: فلانة طالق ثلاثاً، ثم قال: أشركت فلانة معها في الطلاق، طلفت الأخرى معها ثلاثاً، وكذلك لو طاهر من امرأته، ثم قال: أشركت فلانة معي في الطهار كان مطاهراً منهما.

ولو آلى منها، ثم قال: أشركت فلانة معها لم يكن مؤثماً من الأخرى.

والمرق أنه لما قال: أنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث، فقوله: أشركت فلانة، يقتضي إيجاب التساوي بينها وبين المطلقة، ولا يوجب تعبير موجب العقد الأول، فحازت المشاركة، وكذلك في الطهار.

وليس كذلك في الإيلاء، لأن صحة الإيلاء عند المشاركة بينهما تعبير موجب عقده، لأنه لو قال في الابتداء، والله لا أقرب فلانة وفلانة لم يحث إلا بوطنهما حقيقاً،

(١) انظر اسحر الرائق (٣/٣٣٩، ٣٤١) والمبسوط (٦/٢١٢، ٢١٤) وجمعة الفقهاء (٢/١٩٢).
والبدائع (٣/١٢٠).

ووقف مريان إحداهما على الأخرى وتغير موجب العقد الأول لا يجوز، فلم يمكن اشتراكهما إياه فألغي قوله أشركت.

٢٠١ - إذا طلق امرأته ثلاثاً، ثم قال: أشركت فلانة معها في الطلاق، وقع على الأخرى الثلاث.

ولو قال لامراتيه: بينكما ثلاث تطليقات - طلقت كل واحدة تطليقتين^(١).

والفرق أنه أوقع على الأولى الثلاث، وأشرك الثانية معها، فظاهر الشركة يوجب التساوي، والمساواة أن تغل نصف ما وجب للأولى إلى الثانية، ولا يقدر على نقل نصف ما وجب لها من الطلاق إلى الثانية، ويمدر أن يجعل لها من الخير مثل ما وجب للأولى، فوقع على الثانية ثلاث.

وليس كذلك إذا قال لامراتيه: بينكما ثلاث تطليقات، لأنه لم يوقع على واحدة ثلاثاً وإنما أشرك في الإيقاع، وظاهر الشركة يوجب التساوي فيقسم الثلاث بينهما، فيكون لكل واحدة طلقة ونصف، والطلاق لا يتعض، فإذا وقع بعصه كمل.

٢٠٢ - إذا قل لامراته: أنت طالق ثلاثاً وفلانة أو فلانة، فالأولى طالق، والخيار في الآخرين، ألا ترى أنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً، وقد استقرضت من فلان ألف درهم أو فلانة - كان الطلاق واقعاً، وهو محير في الألف، يقر بها لأحدهما ويحلف للآخر ما استقرض منه شيئاً.

ولو قال والله لا أكلم زيناً وعمراً أو حالداً فإنه يكون الخيار بين الأولين والآخر.

وحكي عن القراء أنه كان يجعل مسألة الطلاق كمسألة الكلام.

والوجه له: أن الروا في الاسمين المختلفين تعمل عمل التثنية من الاسمين المتفقين، فيقول في مختلعي الاسم: لقيت زيناً وعمراً، وأعطته درهماً وديناراً، وإذا اتفق الاسمان ثبت يقول لقيت الريدين وأعطيتهم درهمين والتثنية توجب الجمع كذلك الواو توجب الجمع، فصار كأنه قال: فلانة وفلانة طالقان أو فلانة - فيكون الخيار بين الأولين والآخر كدلك هذا، دليله مسألة الكلام.

والفرق أن الإصمار محل الإطهار، وما لا يجوز إظهاره لا يجوز إصماره، ألا ترى أنه لا يقال جاءت ويراد به زيد، كما لا يصرح فيقال جاءت زيد، ولو أظهر وقال: أنت وفلانة طالق - كان خطأ ولا يجوز، فكذلك إذا أصمر ولم يقل: طالق طالق - وجب ألا

(١) انظر المسوط (١٣٨/٦) وشرح فتح القدير (١٨/٤).

يحوز، وإذا لم يحز إصمارة لم تدخل الثانية في حيز الأولى فانفرد كل واحد بحيزه. نصا.
كما لو قال: أنت طالق وفلانة طالق أو فلانة، ولو قل هكذا أخرجت الأولى عن التحيز.
والخيار بين الثانية والثالثة، كذلك هذا

وليس كذلك مسألة الكلام، ولأنه لو أظهر ص إظهاره لأنه إذا قال: لا أكلم زيدا
وعمرًا صح، ولم يكن خطأ فإذا جاز إظهاره حار إصمارة، فصار جامعًا بهما، مدخل
الثاني في حيز الأول فخير بين الأولين والثالثة.

ولأن العطف على المطلقة يقتضي إيراد المعطوف بالطلاق أيضًا، بدليل أنه لو
قال: ريب طالق وعمرة - وقعت على كل واحدة طلقة، فإذا قال: عمرة طالق وزيت -
وجب إفراد زيت عن الأول، فكأنه قال: عمرة طالق وزيت طالق، ولو قال هكذا
أخرج الأول عن التحيز، كذلك هذا.

وليس كذلك مسألة الكلام، لأن العطف على الضمى كلامه لا يقتضي إرادته بالضمي،
لأنه لو قال: لا أكلم زيدا وعمرا، فكلم أحدهما لم يحدث في ضميه، ولم يكن كل واحد منهما
مفعلاً بالضمي، فإذا لم يقتض إفراد كل واحد منهما لحيز الأول دخل الثاني في حيز الأول،
فكأنه قال: لا أكلمهما أو فلانة - فيكون الخيار بين الأولين والثالثة، كذلك هذا.

ولأن قوله هذا أو هذا، هذا الاسم لأحدهما، فصار كأنه قال: فلانة واحد هذين،
مخرجت الأولى عن التحيز وبقي بخيرًا بين الأولين.

وفي مسألة الكلام: هذا أو هذا اسم لأحدهما، فكأنه قال: لا أكلم فلانا أو أحد
هذين - فلا يحدث بمكالمة أحدهما.

٢٠٣ - إذا قال لامرأته: أنت طالق من وثاق - لم يقع في القضاء شيء^(١).
ولو قال: أنت طالق من هذا العمل - وقع في القضاء، وفيما بينه وبين الله لا يقع.
والفرق أن المرأة توصف بأنها طالق من وثاق، وإن لم يكن مستعملاً معتاداً، فإذا
صرح به حمل عليه.

ولا يستعمل هذا اللفظ في الانطلاق من العمل حقيقة ولا مجازاً، فوقع في الحكم،
ولكن فيما بينه وبين الله نوى محتملاً، إن كان بخلاف الطاهر - فصدق.

٢٠٤ - إذا كتب إلى امرأته كتاباً على وجه الرسالة، وكتب فيه: إذا وصل إليك
كتابي هذا فأنت طالق، ثم محاً ذلك الطلاق منه، أو نعد الكتاب وسطره باق - وقع

(١) انظر السوط (٨٢/٦) وبدائع الصنائع (١٠١/٣).

الطلاق.

وإن مما جميع ما في الكتاب حتى لم يبق منه كلام يكون رسالة - لم يقع الطلاق

وإن وصل.

والفرق أن الشرط في إيقاع الطلاق وصول الكتاب وقد وصل ما سي كتاب فوقه.

وليس كذلك إذا مما الجميع، لأن الشرط وصول الكتاب وما بقي لا يسمى كتاباً،

فلم يوجد شرط وقوعه - فلم يقع.

٢٠٥ - إذا قال نزوجته: إن دخلت الدار فأنت بائن، ثم أبانها، فدخلت الدار -

وقعت البينة في قول علمائنا الثلاثة.

وإذا قال: إذا جاء غد فاحتاري، ثم أبانها، فاختارت في الغد - لم يقع شيء.

والفرق أن المعتر في باب الخيار اختيارها لا تحيره، والوقوع باختيارها لا بتحيره،

والدليل عليه: لو شهد شاهدان بالتخير وشاهدان بالاختيار، ثم رجعوا ضمن شهود

التحير، وإذا كان الوقوع بالاختيار، والاخبار وجه بعد البينة، صار كأنه أبانها في تلك

الحالة - فلا يقع شيء.

وليس كذلك قوله: أنت بائن، لأنه عند وجود الشرط تقع البينة باللفظ السابق،

والدليل عليه لو شهد شاهدان باليمين، وشاهدان بالدخول، ثم رجعوا - فالضمان على

شهود اليمين، وإذا كان الوقوع باليمين، واليمين وجد قبل البينة، صار كأنه أوقع

البينة في تلك الحالة، ولو قال ذلك وقع، كذلك هذا.

٢٠٦ - إذا قال لامرأته وهي أمة: أنت طالق للسنة، ثم اشتراها وجاء وقت السنة

- وقع عليها الطلاق.

(والفرق أنها لما اشتراها لم تحب العدة عليها فقد وجد شرط وقوع الطلاق) وهي

غير معتدة فلا يقع.

وليس كذلك العد إذا قال لامرأته وهي حرة، لأنه لما أبانها وجست العدة، فقد

وجد شرط وقوع الطلاق وهي في العدة، فصار كأنه أوقعها في تلك الحالة موقع.

وزان المسألة الأولى من هذه المسألة إذا اشترى امرأته فأعتقها، ثم جاء وقت السنة

- وقع عليها الطلاق، لأنها معتدة.

٢٠٧ - إذا قال لامرأته: أمرك بيدك، وفام الرجل لم يبطل خيارها.

ولو قال: بعثت منك هذا العبد، ثم قام البائع - يبطل خيار المشتري.

والفرق أن قيامه يدل على إعراضه، فإذا لم يبطل خيارها بإبطاله بأن يقول: أبطلت

مبارك لم يطل بإعراصه.

وليس كذلك البائع لأن قيامه يدل على إعراصه، ولو قال: 'بطلت إباحي يطل، فإذا قال: أعرضت أيضًا جاز أن يطل.

والمعنى فيه أن هذا تملك جرى في إيقاع فرقة إذا وقعت لا يمسح، لأن الطلاق لا يقبل المسح ثم يكن لموجه إبطاه، كما لو أعتق أمته، وهي تحت زوج فأراد أن يطل خيارها - لم يكن له ذلك.

وفي البيع جرى تملك فيما إذا وقع يفسخ - فحاز أن يقدر على إبطاه.

٢٠٨ المرأة إذا كانت قائمة فخيرت، فقعدت - لم يطل خيارها.

ولو كانت قاعدة فخيرت، فقامت - بطل.

والفرق أن القيام يدل على الإعراض عما جعل إليها، لأن القاعدة مجتمع الرأي، وإذا لم تختر في حال اجتماع الرأي علم أنها لا تختار في حال التفريق، فصارت معرضة عما جعل إليها، فبطل خيارها.

وإذا كانت قائمة فقعدت فإنها تقعد ليجتمع رأيها وفكرها، فلا يدل ذلك على الإعراض، وإذا لم تفعل ما يدل على الإعراض - لم يطل خيارها.

٢٠٩ - إذا قال لامرأته: إحداكما طالق، فماتت إحداهما تعين الطلاق في الأخرى.

ولو قال: بعث منك هذين العديدين على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت، فقال:

اشتريت، وقبضتهما، ثم مات أحدهما تعين البيع في الميت.

والفرق موت أحدهما يوجب تعيينه قبل الموت، وحدوث العيب فيه يوجب بطلان

خياره في الرد، فصار كقوله اخترت هذا.

وليس كذلك الطلاق، لأن حدوث العيب بها لا يوجب الطلاق، فبقي خياره ثابتاً

في الأخرى، فانصرف الطلاق إليها، لأن الطلاق لا يقع على الميت ابتداءً، فلا يصرف

إليها - فتعين في الساقية.

٢١٠ - إذا خالغ امرأته على ما في بطن عمها هذه، أو جاريتها هذه، أو ما في

صروعها من اللبن، فإن كان هناك شيء سئو له، وإن لم يكن ردت عليه ما استحققت

بعقد الكاح. وفي الكاح، لو تزوجها على ما في بطن غنمه فكان هناك شيء - لم يكن

لها ذلك.

والفرق أن الخلع رفع العقد، وفي رفع العقد سوما فيه ما لم يسامح في نفس العقد،

ألا ترى أن الإقالة تصح بغير ذكر العوض، وإن كان العقد لا يجوز إلا بعوض مذكور،

وكذلك يجوز أن يصح المسخ بدل مجهول، وإن كان لا يصح ابتداء العقد بدل مجهول
فاترقا.

٢١١- إذا قال لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت علي كطهر أُمي ثم طلقها مات
معه، ثم دخلت الدار وهي في العدة- لم يقع عليها طهار^(١).

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق أو بائن، ثم دخلت الدار في العدة - وقع.
والفرق أن الطهار يوجب التحريم الذي يرتفع بالكفارة، والبينونة توجب تحريماً لا
يرتفع بالكفارة، فلم يدخل أصعب التحريمين على أقوامهما، وهذا المعنى موجود في الطهار
المبتدأ والسعلق بالشرط فلم يحرم.

وأما قوله: أنت بائن يقتضي إيقاع بينونة فإذا قال: أنت بائن في حال الكاح، فقد
نوى الإلابة وليست بموجودة، فعملت نيته، وصحت يمينه فإذا دخلت الدار بعد ذلك
القول فصحت - وقع.

وأما إذا ابتدأ البيونة، فقد نوى البيونة وهي موجودة، فلم تعمل نيته، فبقى كناية
بلا نية فلا يقع به شيء.

٢١٢- إذا قال لامرأته: طلقي نفسك طليقة بائنة، فقالت: طليقت نفسي طليقة
رجعية وقع بائناً.

ولو قال: طلقي نفسك رجعية، فقالت: طليقت بائنة - وقعت رجعية.
والفرق أن قوله: طلقي نفسك بائنة يقتضي إيقاع البائن، والطلاق لا يكون إلا
رجعياً، فإذا قالت: طليقت رجعية لعاقولها رجعية وبطل، فصار كأنها لم تقل، ولو لم تقل
وقع بائناً.

وليس كذلك إذا قال: طلقي نفسك رجعية، لأنه أمرها أن توقع رجعياً والرجعي
أن يقول: أنت طالق، فإذا قالت: طليقت، فقد فعلت ما أمرها به وزيادة، فتلقى الزيادة، وصار
كأنها قالت: طليقت فقط وقعت رجعية، كذلك هذا.

٢١٣- إذا اشترى أباه نائياً عن كفارة يمينه جاز.

ولو ورثه ونوى عتقه عن كفارة يمينه - لم يحرم.

والفرق أن الله تعالى قال: ﴿فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] أمر بالتحريم، والتحريم

(١) انظر البحر الرائق (٣/٣٢٣) (٤/٣٧) وحاشية ابن عابدين (٣/٤٧٢) والمبسوط (٦/٨٢، ٨٣)
وشرح صح الفدير (٤/١٣٤) والبدائع (٣/٢٣٢).

معل يشترط في وقوع العتق وقوع فعل من جهة، وقد وجد في الشراء معه مقارناً لية الكفارة فجاز.

وفي الميراث لم يوجد فعل من جهة مقارناً للكفارة، ألا ترى أنه لا يرد بالرد، ويدخل في ملكه شاء أو أبى، فلم يجوز عن الكفارة.

٢١٤- إذا آلى من معتدة منه بائة لم يكن مؤثماً.

ولو آلى من امرأته في حال النكاح، ثم طلقها، ثم مضت مدة الإيلاء، وهي في العدة باتت منه.

والفرق أن الإيلاء يوجب البينة عند انقضاء العدة، فصار كقوله: أنت باني، ولو قال ذلك وهي معتدة من طلاق باني لم يقع، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت باني، في حال النكاح، ثم أثنى، ثم دخلت في العدة لم يقع كذلك هذا، وإن شئت قلت: إنها بائة، والإيلاء يوجب بسوة، والبائة لا تبان، فلا يصح قصده إلى إيقاع البينة.

وأما إذا قال قبل ذلك فعند مضي المدة يقع الطلاق عليها بمعنى لا يرجع فيه إلى نية الروح، فصار كصريح الطلاق، وصريح الطلاق يلحقها ما دامت في العدة، كذلك هذا.

٢١٥- إذا آلى من امرأته وهي أمة، ثم عتقت قبل انقضاء الشهرين لم تنطق حتى تكمل أربعة أشهر من حين الإيلاء، وتنقل مدة إيلائه إلى مدة الحرث. ولو طلقها زوجها في الشهرين تطليقة بائة، ثم أعتقت فيها كانت عدتها للطلاق عدة أمة.

والفرق: أن الإيلاء معنى لا يوجب زوال الملك، يبقى ملكه، ويمكنه إسقاط مدة الإيلاء بأن يقرها، فجاز أن يقبل الزيادة.

وليس كذلك مدة العدة، لأن الطلاق الباني يوجب زوال ملكه، ولا يمكنه إسقاط العدة بنفسه، فلا يقدر على تغييرها والزيادة فيها بالعتق كما لو أعتقها بعد انقضاء العدة.

٢١٦- إذا آلى من امرأته فارتدت، ولحقت بدار الحرب فسببت، فأسلمت فتزوجها فهو مولى منها، إن مضى شهران من يوم تزوجها باتت بالإيلاء. ولو قال لأمتي: إن دخلت هذه الدار فأنت حرة، فارتدت ولحقت بدار الحرب، فسببت فاشتراها، ثم دخلت الدار فبأنها لا تعتق.

والفرق أن السبي جريان التملك في رقبته، وجريان التملك في رقة السكوة لا يوجب زوال ملك الروح، ألا ترى أنه لو تزوج أمة غيره فباعها المولى لا يبطل النكاح،

ففي الملك، وإذا بقي الملك بقي العقد انقضى في ذلك الملك.
وأما في الأمة فالسبي جريان التملك، وجريان التملك في الأمة يوجب روال ملك
المولى عنها، وهذا رق آخر غير الأول، فلم يبق الرق الذي انعقد فيه العقد الأول، فم يبق
العقد، فصار كما لو لم يبق ذلك العين، ولو لم يبق ذلك العين لا يبقى العقد، كذلك هذا.
٢١٧- إذا قال لرجل: طلق امرأتي بألف درهم، فلم يفعل الوكيل حتى طلقها
الزوج تطليقة بألف درهم وقبلت ذلك، أو طلقها تطليقة بائة، ثم طلقها الوكيل وهي في
العدة تطليقة بألف درهم كما أمره الزوج وقيل: لم يقع عليها تطليقة أخرى^(١).
ولو أن الزوج طلق امرأته تطليقة بائة، ثم قال لرجل طلق امرأتي بألف درهم ففعل
ذلك الوكيل، والمرأة في العدة، وقيل المرأة وقعت على المرأة تطليقة بغير شيء.
والفرق أن الزوج في المسألة الأولى أمر بإيقاع طلاقاً يحجب به الدل، فإذا طلق
الزوج طلاقاً بائة، ثم طلق الوكيل لم يحجب به الدل، فقد فعل غير ما أمر به فلم يجز،
كما لو قال: طلقها بألف، فطلقها بائة لم يقع شيء، كذلك هذا.
وفي المسألة الأخيرة لما طلقها تطليقة بائة لم يحز إيقاع طلاق يبدل بعد ذلك،
فإذا لم يجز وجوب البديل انصرف إلى ذكره في العقد، فصار كأنه قال: أذكر ذلك في
العقد، وقد ذكر فقد فعل ما أمر به موقع.
٢١٨- ولو لم يطلقها الوكيل حتى تزوجها الزوج وهي في العدة، فطلقها الوكيل
بألف درهم كما أمره الزوج فصلت فهي طالق تطليقة بائة، والألف عليها للرجل.
ومثله لو لم يتزوجها حتى انقضت عدتها، ثم تزوجها، فطلقها الوكيل بألف درهم
بعد ذلك، ففعلت لم يقع عليها طلاق.
والفرق أن الزوج أمره بالإيقاع فانصرف إلى ما يملكه الزوج، والزوج يملكها ما
دامت في العدة، وفي ذلك الملك، فإذا تزوجها وهي في العدة بقي ذلك الملك، ففي
الوكيل على الوكالة، فإذا أوقع وقع.
وإذا انقضت العدة فقد زال ذلك الملك، فحرج الوكيل عن الوكالة، فإذا طلق فقد
أوقع بعد خروجه عن الوكالة - فلا يقع.
٢١٩- ولو قال لامرأته وهي مصطجمة: أنت طالق في قيامك وقعودك - لم تطلق

(١) انظر الكت للسرخسي (ص ٢٥) وشرح الكت لأبي نصر (ص ٣٧).

ولو قال: أنت طالق في ليلك وهارك، وقاله ليلاً - طلقت حين قال هذا أقول
تطبيقاً واحدة ولا تطبق غيرها.

والفرق أنه أدخل حرف الطرف على الفعل، والمفعول لا يصلح أن يكون ظرفاً
بصار شرطاً، فكأنه قال: أنت طالق إن قمت وقعدت، مما لم يوجد إعلان لا يقع، ولو
أوقعناه بأولهما لم يوقعه مهما جبيعاً، وهو قد علق بهما جبيعاً وهذا لا يجوز.

وليس كذلك في ليلك، لأن الوقت يصلح أن يكون ظرفاً للطلاق فلم يكن شرطاً،
بعد أوقع الطلاق في وقتين، ولو أوقعناه في أولهما كما قد أوقعناه بهما جبيعاً فحار أن
يتعلق بأولهما، والمعنى فيه أنه عطف وقتاً على وقت، فصار كالوقت الممتد، فكأنه قال:
أنت طالق يوماً وليلة أو شهراً فوقع في أولهما.

٢٢٠ - إذا قال لامرأته وهي مصطجمة: أنت طالق في قيامك وفي قعودك، أو قال:
في قعودك وفي قيامك، فإن فعدت طلقت، وإن قامت ولم تقعد طلقت، ولا يقع إلا طلاق
واحدة، والمعنى فيه أن كلمة في لا تصلح أن تكون ظرفاً، فصار شرطاً، فكأنه قال: أنت
طالق إن قمت وإن قعدت - فأيهما وجد وقع.

ولو قال: أنت طالق في ليلك وفي هارك، فقال ذلك ليلاً أو هاراً - فهي طالق
تطبيقاً، واحدة حين تكلم بذلك، إن كان قاله ليلاً أو هاراً، وتطلق الأخرى حين يجيء
الوقت الآخر.

والفرق أن في مسألة الوقتين لو جعلناه طلاقاً واحداً لجعلناه طلاقاً معلقاً بأحد
الوقتين، والطلاق إذا علق بأحد الوقتين تعلق بأحدهما، فيؤدي إلى أن يحل الوقت الأول
من أن يكون موصوفة بالطلاق عند ذلك، بدليل الفعل، فلا بد من إيقاع طلاقين.

وفي الفعلين لو جعلناه طلاقاً واحداً لجعلناه طلاقاً معلقاً بأحد الفعلين، فيتعلق
بأولهما، فلا يؤدي إلى أن يجعل الفعل الثاني من أن تكون هي موصوفة بالطلاق عند ذلك
بذلك القول - فأوقعنا واحداً.

ورق آخر أن الوقت الثاني يستحيل أن يسبق الأول، فلو جعلناه طلاقاً واحداً لم
يجعلها مطبقة بكل واحد من الوقتين، فوقع تطبيقان.

وفي الفعلين يقول يجوز أن يتقدم كل واحد منهما صاحبه، وأيهما سبق تعلق

(١) انظر البحر (٢٦٢/٣) والبدائع (٢٥/٣)



الطلاق به، وقد أوقع الطلاق بكل واحد من الفعلين، ولو جعلناه طلاقاً واحداً لجعلنا الطلاق معقفاً بكل واحد من الفعلين، فجاز أن يجعل طلاقاً واحداً.
 وإن قيل: لو قال: أنت طالق إذا جاء عد، وإذا جاء بعد عد - فإنه يكون طلاقاً واحداً، ومع ذلك يستحيل أن يسبق الوقت الثاني الوقت الأول، ومع ذلك يكون طلاقاً واحداً معقفاً بالفعلين.

والجواب أن يقال: حروف الشرط إذا دخل عليها ما هو كائن لا محالة جعله شرطاً، وجعله بمنزلة الفعل، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: أنت طالق قبل موتي بشهر وقع الطلاق قبله بشهر عند أبي حنيفة، ولو قال: إذا مت فأنت طالق قبله بشهر - لا يقع الطلاق، كذلك هذا.

٢٢١ - ولو أن رجلاً قال لامرأته: إن لم أجامعك في حيضك حتى تطهري فأنت طالق، فقال لها ذلك وهي في حيضتها ثم قال بعدما طهرت منه: كنت قد جامعتها، وهي في حضها - فالقول قوله مع يمينه.
 ولو قال: أنت طالق للسنة، ثم قال: بعدما طهرت من الحيض - كنت قد جامعتها في حيضها لم يصدق.

والفرق أن قوله: إن لم أجامعك في حيضك حتى تطهري شرط، وقوله: فأنت طالق جزاء - فكان يميناً، والدليل عليه أنه لو حلف ألا يحلف بطلاق امرأته، ثم قال هنا القول - فإنه يحنث، فدل على أنه يمين، وهو بقوله: كنت جامعتها في حال الحيض، بنكر وجود شرط الحث فصارت تدعي عليه وجود شرط الحث، وهو يجحد - فالقول قوله. وليس كذلك قوله: أنت طالق للسنة، لأن ذلك توقيت للطلاق بوقت، وليس بيمين، بدليل أنه لو حلف ألا يحلف بطلاق امرأته، ثم قال هنا القول فإنه لا يحنث، وإن كان توقيتاً، وطاهر وجود الطهر يوجب وقوع الطلاق للسنة، فصار بقوله: كنت جامعتها في حال الحيض يدعي بطلان طلاق أوقع في الطاهر - فلا يصدق.

وفرق آخر أن في المسألة الأولى عاقب نفسه على ترك الجماع، فكان مثباً له، فإذا ادعى الجماع فقد ادعى ما يضاد عقده، وادعى موجه فقبل قوله.

وفي المسألة الثانية أوقع الطلاق للسنة وطلاق السنة لا يقع مع وجود الجماع، فصار ماثباً له، وإذا ادعى الجماع فقد ادعى ما يضاد عقده، وخلاف موجب عقده فلم يصدق.

وإن شئت عبرت بعارة تقرب من معنى الأول، وهو أن ههنا وقع الطلاق لوجود

شرط الحنث، ولم يطهر وجود شرط الحنث وهو عدم الجماع، فصار يدعي والطاهر معه - فكان القول قوله.

وليس كذلك في المسألة الأخرى، لأنه طهر لنا وجوب وقوع الطلاق عيها وهو وجود الطهر، فصار يدعي خلاف الطاهر - فلا يصدق.

٢٢٢- ولو أن رجلاً قال لامرأته: والله لا أقربك أربعة أشهر، فمضت أربعة أشهر، فقال: قد قربتها - لم يقع الطلاق إذا صدقته، ولو أنكرته وقالت: لم يقرب وقع الطلاق، والقول قولها، وبات بالإبلاء.

ولو قال: إن لم أقربك في هذه الأربعة الأشهر فأنت طالق، فمضت أربعة أشهر، فقال: قد قربتها، أنكرته المرأة - لم يقع الطلاق.

والمرق ما يسا من الوجه الآخر، والوسط من الأوجه الثلاثة في المسألة الأولى.

٢٢٣- إذا قال لامرأته وهي حائض: إذا طهرت فعدي حر، فقالت بعد خمسة أيام: قد طهرت، وكذبها بذلك - فالقول قول الزوج ولا يعتق، وإن صدقها الزوج قصي القاضي يعتق العبد، ولا ينتظر ستة أيام، وإن كان يجوز أن يعاودها الدم فيكون الدم السادس حيضاً.

ولو قال: إذا حضت فعدي حر، فقالت: حضت، وصدقها الزوج - فإن القاضي يوقف العبد ولا يعتقه ما لم تم ثلاثة أيام.

والمرق أن قليل الطهر طهر، بدليل أنها لو طهرت يوماً ثم ماتت حكم بأن ذلك اليوم طهر، فإذا طهرت يوماً فقد حصل الاسم، ويجوز أن يعرض ما يطله، موقع العلق ولا يطل بالجنائز.

وليس كذلك الحيض، لأن قليل الحيض لا يكون حيضاً بدليل أنها لو حاضت يوماً ثم ماتت فإنه لا يجعل ذلك اليوم حيضاً فبرؤية الدم لم يحصل الاسم، ويحصل باستمرار الدم ثلاثة أيام ويجوز أن يحصل الاسم، ويجوز ألا يحصل الاسم - فلا يقع العلق بالشك والاحتمال.

وإن شئت عرفت بعبارة أخرى فقلت بأن الطهر هو انقطاع الدم، وما بعد ذلك استدانة عليه، فإذا وجد الانقطاع، فقد وجد شرط الحنث فحنث، وإن كان يحتاج في مضيه شهراً تاماً إلى استدামته، كما لو حلف ألا يصوم، فأصبح بية الصوم وأمسك حنث لهذا المعنى، كذلك هذا.

وليس كذلك الحيض، لأن الحيض معنى ممتد لما لم يوجد جميعه لا يحصل الاسم،

فلا بحث، كما لو قال: إن صليت فعدني حر، فما لم يصل ركعة وبسجدة لا يثبت.

ووجه آخر وهو أن الطهر أصل الخلقة، فقد اقترن بقولها ما يوجب تصديقها فصحت، كما لو قال: كل حارية لي حرة إلا الأبهكار منهن، ثم قال: هن أبكار، فالقول قوله.

وأما الحيض فليس هو أصل الخلقة، وإنما هو معنى طارئ، فلم يقترن بذلك القول ما يوجب تصديقه وثبوته - فلا يثبت.

٢٢٤- إذا قال لامرأته: أنت طالق غداً، أو إن شئت فجاء غد قبل أن تشاء وقع الطلاق، وإن شئت الساعة وقع الطلاق^(١).

ولو قال: أنت طالق غداً أو إن جاء زيد، فإن جاء غد قبل أن يجيء زيد لم يقع الطلاق.

والفرق وهو أنه التزم وقوع الطلاق بوجود أحد الشرطين، إما بمشيئتها أو بمجيء الغد، وحين قامت من مجلسها بطل خيارها، فلو لم توقعه في الغد لأبطلت ما التزمه، وهذا لا يحوز.

وفي قوله: أنت طالق غداً أو إن جاء فلان، التزم الطلاق بأحدهما، ولا يبطل الشرط بمفارقة المجلس، وإذا لم يبطل أحدهما لم يتعين في الآخر، لأنه لا يؤدي إلى إبطال ما التزمه.

ووجه آخر أن قوله إن شئت ليس بشرط، بدليل أنه لو حلف ألا يحلف بطلاق امرأته، فقال لها: أنت طالق إن شئت لم يقع الطلاق، وإنما هو تملك، بدليل أنه يبطل بمفارقة المجلس، فصار كقوله: أنت طالق غداً أو أمرك بيدك، فلما قامت من مجلسها لم يصر الأمر بيدها ووقع الطلاق مؤقثاً بالغد.

وفي قوله: إن جاء فلان، شرط وليس بتمليك فقد وقت الطلاق بوقت وعلقه بشرط قبله، فبطل التوقيت وتعلق بالشرط، كما لو قال: أنت طالق اليوم إن دخلت الدار - تعلق بالدخول، كذلك هذا.

٢٢٥- إذا قال لامرأته: إحداكما طالق ثلاثاً، في صحته ثم مرض مرضاً موته، فقال: عنت هذه - لم يصدق وورثناه.

(١) انظر البحر (٢٨٧/٣، ٢٨٨) والهداية شرح البداية (٢٣٤/١) والمبسوط (٢٠٥/٦).

ولو قال لعبدية. أحدهما حر، ثم قال: عيت هذا، لأكثرهما نسمة في مرض موته - صدق.

والفرق أن ذلك انقول لم يوجب انقطاع إرث إحداهما، لأنه لو مات ولم ير كان الميراث بينهما، فهو بالبيان صدر قاصداً قطع حق إحدى الورثة، ونافعاً للآخرى بحقه النسبة فلا ينقطع، كما لو طلق إحداهما ابتداء.

وليس كذلك العتق، لأنه بالبيان لم يصير قاصداً قطع حق أحد الورثة، واستحقاقه الآخر، لأن العبد غير وارث، وإذا لم يصير قاصداً قطع حق أحد الورثة لم تلحقه النسبة فيه فصح بيانه.

٢٢٦- إذا قال: المرأة التي أتزوجها طالق ثلاثاً، فتزوج امرأة طلقت ثلاثاً.

ولو قال: هذه المرأة التي أتزوجها طالق ثلاثاً، وأشار إليها، ثم تزوجها - لم تطلق. والفرق أن في المسألة الأولى عرفها بالنكاح، وأوقع الطلاق عليها، والتعريف لا يقع إلا بالنكاح، فصار التزويج شرطاً والطلاق مضاف إلى المنك، فإذا وجد وقع. وليس كذلك هذه المسألة، لأنه عرفها بالإشارة فلم يكن التزويج تعريفاً وشرطاً، فصار موقعاً للطلاق في الحال، ولا يملكها فلا يقع

وجه آخر أن قوله: هذه إشارة، وقوله: التي أتزوجها صفة فقد وصف إشارة، والإشارة أولى من الصفة، بدليل أنه لو قال: هذه المرأة الحسنة (طالق)، وأشار إلى قبيحة - وقع الطلاق على القبيحة دون الحسنة) فصار كما لو قال: هذه طالق وهي أحبة - فلا يقع.

وليس كذلك قوله: المرأة التي أتزوج، لأنه وصفها، ولم يشر إليها، فتعلق الطلاق بالوصف، والوصف غير موجود في الحال، فصار موجباً الطلاق عند وجود الصفة، فإذا وجدت تلك الصفة وقع، كما لو قال: المرأة الحسنة طالق لم يقع (على القبيحة) كذلك هذا.

٢٢٧- لو قال: إن تزوجت نساء أبداً فهي طالق، فتزوج امرأة لم يثبت حتى يتزوج ثلاثاً.

ولو قال: إن تزوجت النساء أبداً فهي طالق، فتزوج امرأة طلقت. وانفرق أن قوله نساء جمع مكرر، وأقل ما يدخل تحت اسم الجمع المنكر ثلاث، فيقال امرأة وامرأتين ونساء، فإذا تزوج واحدة أو اثنتين لم يدخل في الاسم فلا يقع. وإذا قال: نساء فقد أدخل الألف واللام على الجمع، فلا يخلو إما أن يكون

للتعريف أو للمعبود أو للحنس، ولا يجوز أن يكون للتعريف أو للمعبود، لأنه ليس ههنا
معبود ينصرف إليه، فبقي أن يكون للحنس، ولا يحلو إما أن يكون لاستغراق الجنس أو
لواحدة من أحاده، ولا يجوز أن يقال المراد به استغراق الجنس لأنه يمنع لزوم حكم يمينه
إذ لا يتأتى ذلك منه، فيجب أن يحمل على ما يتأتى منه ليصح المنع بعقده عن ذلك
الفعل، فحمل على أقل ما يدخل تحت الاسم، كما لو قال: لا أشرب الماء فشرب شربة
حنث، كذلك هذا، والدليل على أن اسم الجمع يذكر ويراد به الواحد من الجنس قوله
تعالى: ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ﴾ [آل عمران: ١٧٣] والمراد به
واحد وهو عيسى بن مريم فإنه قال للنبي ﷺ: إن الناس قد جمعوا لكم^(١).

٢٢٨- إذا قال لامرأة لا يملكها: إن نكحتك بعدي حر، فتزوجها حنث.

ولو قال لامرأة يملكها: إن نكحتك بعدي حر، فأبانتها، ثم تزوجها لم يحنث، وإن
وطئها حنث.

والفرق أن النكاح يطلق ويراد به العقد، ويطلق ويراد به الوطء، فإذا أطلق وجب
أن ينصرف إلى الممكن المتأني فيه، والدليل عليه لو قال: لا أكل من هذه الشجرة،
انصرف إلى ما يحتاج منها من الثمرة، وكذلك لو قال: لا أطأ هذا البساط، انصرف إلى
الوطء بالرجل، لأنه المتأني فيه، كذلك هذا، وكذلك لو قال لمنكوحة نكاحاً فاسداً: إن
طقتك فإنه ينصرف إلى التلطف به، إذ هو المتأني فيها دون الإيقاع والممكن المتأني في
الأجنبية العقد، فانصرف إليه، فصار كأنه قال: إن عقدت عليك وتزوجتك، فإذا تزوجها
حنث، وإذا وطئها لم يحنث.

والممكن المتأني في الزوجة الوطء، إذ المنكوحة لا تنكح ثانياً، فصار كأنه صرح
به وقال: إن وطئتك، فإذا تزوجها لم يحنث.

وفرق آخر أنه قصد يمينه منع نفسه عن ذلك الفعل، فوجب أن يحمل على ما لا
يكون مسموعاً منه بالشرع، حتى يقع المنع بعقده عن ذلك الفعل، ولو صرفنا إلى ما يكون
ممنوعاً بالشرع لم يقع المنع بعقده عن ذلك الفعل، وهو مسموع بالشرع عن العقد على
أمرائه، فانصرف يمينه إلى الوطء.

وفي الأجنبية ممنوع بالشرع من الوطء، فانصرف إلى العقد، فكأنه صرح وقال: لا
أعقد، فإذا وطئ لم يحنث، وإذا عقد حنث، كذلك هذا.

(١) رواه البخاري وعبد الرزاق في المصنف (٣٦٦/٥).

٢٢٩- إذا قال: إن دخل داري هذه أحد فعدي حر، أو امرأته طالق، فدخلها هو ولا ية له - لم يحث.

ولو قال: إن دخل دارك هذه أحد فعدي حر، أو امرأته طالق، فدخلها الخالف حث.

والفرق أن المضي دخول منكراً، لأن قوله: أحد بكراً وهو قد عرف نفسه بإضافة الدار إليه، والمعرفة لا تدخل تحت النكرة، لأن في التعريف معنى زائلاً على النكرة، وهو اختصاصه به، والنكرة لا يختص به أحد، ولأن الألف واللام تدخل في المعرفة، ولا تدخل في النكرة، فلم يجز أن يكون الأكثر داخلاً في الأقل، وإذا استحال أن يدخل تحته انصرف النهي إلى غيره - فلا يحث بدخوله.

وليس كذلك قوله: إن دخل دارك، لأنه عرف صاحب الدار بإضافة الدار إليه، ولم يعرف نفسه بغير هو منكراً، وقد بقي دخول المنكر وهو داخل في النكرة، فإذا دخل وجد شرط حثه - فتحث في ميمه.

٢٣٠- إذا قال له رجل: تعد عدي اليوم، فقال: إن تغديت فعبدته حر، أو امرأته طالق، فانصرف إلى بيته، وتعدى - لم يحث.

ولو قال: إن تغديت اليوم فعبدته حر، فتعدى في بيته - حث.

والمرق أن المضيف عين غداء ودعا إليه، فانصرف إلى ذلك الغداء، فصار كأنه قال: لا أتعدى هذا الغداء، الدليل عليه لو هم يضرب عده فقال واحد: هني ضربه، فقال: إن هيت فعدي حر، انصرف إلى ذلك الضرب بعينه، ولا يحث بغيره، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: إن تعديت اليوم، لأنه زاد على مقدار الجواب فصار عادلاً عنه، لأنه يمكنه أن يجيب بأوجز منه وهو ألا يذكر اليوم، فصار مبتدأ بمن، فممكن أن يكون الأول جواباً له، ولو ابتداءً فقال: إن تعديت اليوم فعبدته حر، فتعدى في بيته - حث، كذلك هذا.

٢٣١- إذا قال: كل امرأة يتزوجها فهي طالق إن كلمت فلاناً، فتزوج امرأة ثم كلم فلاناً، ثم تزوج أخرى طلقت التي تزوجها قبل الكلام، ولا تطلق التي تزوجها بعده.

ولو قال: إن كلمت فلاناً فكل امرأة يتزوجها طالق، فتزوج امرأة، ثم كلم فلاناً، ثم تزوج أخرى - فإن الأخيرة تطلق، ولا تطلق الأولى.

والفرق أن قوله: كل امرأة يتزوجها - شرط، وقوله: فهي طالق إن كلمت فلاناً - يمين فقد شرط وأجاب عنه يمين، فعبد وجود الشرط لزمه قوله: هي طالق إن

كلمت فلائاً، فإذا كلمه حث وانحلت اليمين، فإذا انحل فما تزوج بعد ذلك الكلام فلا يمين عليه فلا يحث.

وليس كذلك قوله: إن كلمت فلائاً فكل امرأة أتزوجها طالق، لأن قوله: إن كلمت فلائاً شرطاً، وقوله: فكل امرأة يتزوجها يمين، فقد شرط شرطاً أحاب عنه يمين، بعد وجود المكاملة لزمه قوله: كل امرأة يتزوجها فهي طالق، ولو تزوج امرأة ثم قال: كل امرأة يتزوجها طالق - وقع انطلاق على من تزوج بعد اليمين، ولا يقع على من تزوج قبله، كذلك هما يقع على من تزوج بعد الكلام، ولا يقع على من تزوج قبله، والمعنى فيه أنه علق وجوب اليمين بالشرط، فما لم يوجد الشرط لا يلزمه، كما لو علق جواباً بالشرط فما لم يوجد الشرط لا يلزمه الجواب، كذلك هذا، وإذا لم يلزمه لم تطلق ما تزوج قبل الكلام.

٢٣٢ - ولو قال: عده حر إن حلف يمين أبداً، فقال لامرأته: إن تكلمت أو قمت فأنت طالق - حث في يمينه الأولى، وعق عده.
ولو قال أنت طالق إن شئت - لم يعتق.

والفرق أن قوله: إن تكلمت فأنت طالق، شرط وجزاء، فصار يميناً، والدليل عليه أنه لا يختص بالمجلس، ولا يمكنه أن يعبر بعبارة أخرى من غير إدخال حرف الشرط فكان يميناً.

وليس كذلك قوله: إن شئت، لأن هذا ضليك وليس بتعليق طلاق بالشرط فكان يميناً، والدليل عليه أنه يختص بالمجلس، ويمكنه أن يعبر عنه بعبارة أخرى من غير إدخال حرف الشرط بأن يقول: أمرك بيدك، وإذا لم يكن تعليقاً لم يكن يميناً، ولهذا قلنا: إنه لو قال: إذا حضت وطهرت فأنت طالق فإنه لا يعتق عده، لأن هذا تفسير طلاق السنة، ويمكنه أن يعبر عنه من غير إدخال حرف الشرط، وهو أن يقول: أنت طالق للسنة، فلم يكن حالفاً، وكذلك لو قال: أنت طالق عداً - فلا يحث، لأنه لم يوجد الشرط والجزاء، ولو قال: أنت طالق إذا جاء غد - فإنه يحث، لأنه أتى بالشرط والجزاء، فصار تعليقاً لا توقيئاً، والدليل عليه أنه لو قال: أجرتك هذه الدار غداً - جاز، ولو قال: إذا جاء غد فقد أجرتك هذه الدار - لم يجز لهذا المعنى.

فإن قل: إذا قال: إن شئت أنا فأنت طالق - لا يحث، ووقوع ذلك لا يختص بالمجلس.

قلنا: هو ضليك إلا أنه إما لا يختص بالمجلس، لأن المعتبر بمجلس من ثبت له

المشيئة، لا مجلس الروح، فإذا كان الروح هو الموجب وهو الذي ثبت له المشيئة أطلعه.
لأنه الموجب للمشيئة - فلا يعتر.

٢٣٣- إذا قال: إن ولدنا ولدًا فأنتما طالقتان، فولدت إحدهما طلقتا.

ولو قال: إن ولدتا فأنتما طالقتان، فولدت إحدهما لا تطلق حتى تلد الأخرى.
والفرق أنه يستحيل اجتماعهما على ولادة ولد واحد، فصار شرط يمينه منصرفاً إلى ما يمكن، والممكن ولادة إحدهما، ويحوز أن يضاف الفعل إلى اثنتين، والمراد به أحدهما كقوله عز وجل: ﴿نَخْرُجُ مِنْهَا النُّوْلَ وَاتْمَرَحَاتُ﴾ [الرحمن: ٢٢]، وإنما بجرح من أحدهما وقال الخجاش: يا حرسى اصربا عقه^(١)، فصار كأنه قال: إذا ولدت إحداكما. وليس كذلك قوله: إذا ولدنا، ولم يقل ولدًا، لأنه أضاف الفعل إليهما، وحقيقة الفعل منهما ممكن، والفعل إذا أضيف إلى اثنين اقتضى اشتراكهما فيه، كدخول الدار وغيره، فإذا ولدت واحدة منهما، فلم يوجد شرط الحث، وهو وجود الولادة منهما - فلا بحث.

٢٣٤- إذا كان لرجل امرأتان صغيرتان مرضعان فقال: إحداكما طالق لا يبوي واحدة منهما ثم جاءت امرأة فأرضعتها - فقد بانت، فجعل الطلاق في الذمة، وبقاء الزوجية بينهما بعد انطلاق، حتى قال فسد نكاحهما، إذ لو بانت إحداهما لما حرمتا بالرضاع، كما لو أرضع امرأته وأجنبية.

وقد قال في النكاح: لو تزوج أربع كوفيات ثم طلق إحداهن بغير عينها، ثم تزوج مكية جاز نكاحها، فجعل الطلاق واقعاً لها. فمن أصحابنا من قال في المسألة: روايتن، ومنهم من قال: إحداهما على الخلاف، وقال: وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - وذاك قولهما، وقد ذكرنا وجه الروايتين في المسائل الذي ذكرت فيها وجوه الروايات.

ومهم من فرق بين المسألتين، وقال: لما تزوج مكية فقد فعل ما دل على صرف الطلاق من الذمة إلى العين وهو تزوجها، وله صرفه فصار كأنه قال: صرفت الطلاق من الذمة إلى العين، ولو قال هكذا ثم تزوج خامسة جاز، كذا هذا.

وليس كذلك في مسألة الرضاع، لأنه لم يفعل ما دل على صرف الطلاق من الذمة إلى العين، لأنه لم يفعل فعلاً وغيره أرضعها فلم يصير معيناً، بقي حكم العقد، فصارتا اختين ففسد النكاح.

(١) انظر الفتاوى (١١٢/٢) وعون السعود (٢٠٩/٢).

٢٣٥- إذا خلعها على ما في يدها من الدراهم وليس في يدها شيء - فعليها ثلاثة

دراهم.

ولو أعتق عبده على ما في يد العبد من الدراهم وقبضه العبد، وليس في يده شيء

لرمة قيمة نفسه.

والفرق أن البضع ليس بمال في خروجه عن ملك الزوج، ويجوز عقد الخلع من غير ذكر الدل، وجهالة البذل لا تمنع صحته فصح العقد، وقد التزمت تسليم دراهم عما ليس بمال، فلزمها أقل ما يدخل تحت الاسم وهو ثلاثة، كما لو أقر بدراهم.

وليس كذلك العتق، لأن رقة العبد مال في خروجه عن ملك المولى، فصار هذا مالا مجهولا بدلاً عما هو مال، فإذا استوفى البذل لزمه رد قيمته إذا لم يقدر على الرد كالبيع، ولو اشترى عبداً بدراهم ولم يبين مقدارها وقبضه كان مضموناً بقيمته، كذلك هذا.

فإن قيل من للتبعض فقد التزمت تسليم بعض الدراهم، فلماذا يلزمها الثلاثة؟

قلنا إن التبعض ههنا يقع في الجنس لا في العدد، بدليل أنه لو اقتصر على قولها: اخلعي على ما في يدي، ولم تقل من الدراهم دخل فيه الدراهم وغير الدراهم من الأموال، فلما قالت: من الدراهم فقد بينت جنساً من الأموال، فصار التبعض للجنس لا لعدد، فلم يدخل التبعض في الدراهم فلزمها أقل ما يدخل تحت الاسم.

٢٣٦- إذا قالت: اخلعي على ما في يدي من الدراهم فخلعها فإذا في يدها درهم أو درهمان لزمها ثلاثة دراهم^(١).

وقال في الجامع: لو قال: إن كان في يدي من الدراهم إلا ثلاثة فجميع ما في يدي من الدراهم صدقة، وكان في يده خمسة دراهم فعليه أن يتصدق بها كلها.

قال القاصي الإمام رحمه الله: لم يذكر قول الزوج خلعتها على ما في يدي من الدراهم حتى يكون وزاناً لهذه المسألة، فيجوز أن يحمل على أن الروح قال: خلعتك على دراهم في يدك، فلا يحتاج إلى الفرق بينهما.

ولكن أجربناه على الطاهر فرقنا بينهما فقول: من تبعض العدد، ويكون لتمييز الجنس، ويكون لصلته والمقصود في الخلع إثبات ذلك المال فيه، فلو حملنا قوله من الدراهم، على تبعض العدد لأبطالناه، لأنه يكون مجهولاً وجهالة البذل في الخلع تصح ثبوته، فحملناه على تمييز الجنس أو الصلة فكأنه قال: خلعتك على دراهم في يدي، وأقلب

(١) انظر إجماع الصغير (ص ٢١٦) والوسط (١٨٧/٦). والبدائع (١٨٤/٣)

وأما في الدور والمقصود إيجاب التصديق، فلو حملناه على التبعية لم يسع صحته، لأن إيجاب التصديق باجتهول يجوز، فحملناه على تبعية العدد، ولأنه لما استثنى العدد عننا أنه لم يدخل «من» لتمييز الدراهم من غيره وإنما دخل لتمييز العدد وتبعيته فصار كأنه قال: إن كان في يدي بعض العدد التي سمي دراهم فهو صدقة، والدراهم بعض الدراهم - طرمة التصديق بها.

٢٣٧- إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة-فطلقت، ثم تزوج ثانياً - لم تطلق.

ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، فتزوج امرأة فطلقت، ثم تزوجها مرة أخرى طلقت، وكذلك لو عاد مراراً ثالثاً ورابعاً.

والفرق أن «كل» حرف يجمع الأسماء ولا يجمع الأفعال، ولا يقتضي التكرار، ألا ترى أنه يقال: كل رجل وكل امرأة، ولا يقال: كل دخل وكل خرج، فقد علق الطلاق بالاسم لا بالفعل، والاسم لا يتكرر، فقد علق الطلاق بشرط لا يتكرر فلا يتكرر الجراء بتكرار الشرط.

وليس كذلك قوله: كلما، لأن كلما حرف يتعلق بالأفعال، ويقتضي التكرار بدليل قوله تعالى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُودُوهُمْ﴾ [النساء: ٥٦]، أوجب تكرار الوقوع بتكرار الشرط، وكلما وجد الشرط وهو الزوج وقع الطلاق.

٢٣٨- عند تزوج بغير إذن المولى، فيقول له مولاها: طلقها، فإن هذا لا يكون حجة للكاح.

ولو قال: طلقها طلاقاً رجعيّاً-كان إجازة.

والفرق أن الطلاق في الكاح الموقوف يكون متاركة، لأنه بالعقد انعقدت بينهما علفة، والطلاق يرفع الكاح، فيرفع علاقته، فقد أمره بتاركة الكاح فلم يكن مجيراً له، كما لو قال: أتركها أو فارقها.

وليس كذلك قوله: طلقها طلاقاً رجعيّاً، لأن الرجعي لا يصح إلا في الكاح الصحيح، فصار الأمر بطلاق رجعي مقتضباً للإجازة إذ لا يوجد دونه، فكأنه قال: أجزت الكاح فطلقها.

٢٣٩- إذا قال لامرأته: كلما ولدت ولداً فأت طالق، فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة طلقت ثلاث تطليقات، وعليها العدة بعد الولد الثالث ثلاث حيض

ولو أنها ولدت ثلاثة أولاد في بطن واحد طلقت تطليقتين، وانقصت عدتها بالولد الثالث، ولا يقع عليها الطلاق بالولد الثالث.

والمرق أن «كلما» حرف يتعلق بالأفعال ويوجب التكرار، فقد أوجب تكرار الوقوع بتكرار الولادة، فلما ولد أولاً وقع الطلاق ووجبت عليها العدة فلما ولدت ثانياً وجد شرط الوقوع، وهي في العدة، لأن العدة لا تنقضي إلا بوضع ما في بطنها، وقد بقي في بطنها ولد فوقع الثانية، وهي في العدة، فإذا ولدت الثالث انقصت عدتها، فصادف شرط وقوع الطلاق انقضاء العدة فلا يقع.

وأما إذا ولدت في بطون مختلفة فقول: لما ولدت أولاً وقع الطلاق، ولما ولدت ثانياً ثبت النسب منه، والحكم بثبوت السبب حكم بوجود الوطء من الزوج فصار مراجعاً لها، فلما ولدت ثالثاً وجد شرط الوقوع وهي مكوحة، فوقع الثالث ووجبت العدة عقيب الولادة بالولد الثالث ثلاث حيض.

٢٤٠- إذا قال لرجلين: طلما امرأتي-فالأحدهما أن يطلق.

ولو قال: أمر امرأتي بأيديكما، فصلقها أحدهما لم يقع.

والفرق أن قوله طلقاً أمر بتنفيذ قولهما، فصارا كالرسولين، ولأحد الرسولين أن يؤدي الرسالة.

وليس كذلك إذا قال: أمر امرأتي بأيديكما، لأنه ملكهما الرأي والاختيار في إيقاع الطلاق، بدليل أنه يحتص بالجلس، فقد رضى برأيهما واختيارهما ولم يرص برأي أحدهما، فلم يكن لأحدهما أن يفرد به، كالوكيلين في البيع.

٢٤١- إذا آلى من امرأته في الصحة ثم مات وهي في العدة لا ترث.

ولو آلى في المرض ورثت.

والفرق أنه بالمرض تعلق حقها بماله، فقد عقد وحقها متعلق بماله فاتهم في قطع حقها، فكان مراً.

وأما إذا كان في الصحة فحين عقد لم يكن حقها متعلقاً بماله، فقد علقه بمعنى لا فعل له فيه، ووقوع المرقة بالإبلاء لا فعل له فيه، فلم ينهم فيها فلم يكن فاراً - فلا ترث.

٢٤٢- إذا قالت امرأة طلقني زوجي وهو مريض، وقالت الورثة: طلقك وهو

صحيح فالقول قول المرأة.

ولو كانت المرأة كافرة فأسلمت وقالت: أسلمت في صحته، وأبكر الورثة إسلامها

في حياته وصحته فالقول قول الورثة.

والفرق أن حقها كان معلقاً بماله، فإذا قالت: طلقني في المرض، فهي تدعي بقاء حقها والتي تدعي بقاء حقها فالأصل بقاءه فقد ادعت والظاهر معها بالقول قولها. وليس كذلك الكافرة فظاهر كونها كافرة يوجب انقطاع حقها عن ماله، وانظروا بقاء ذلك الانقطاع فهي تدعي حدوث معنى قريب به، وهم يسكرون والظاهر معهم بالقول قولهم.

٢٤٣- إذا قذف الأعمى امرأته وهي عمياء وجب اللعان بينهما^(١).

ولو قذف المحدود في القذف امرأته، فلا يجب عليه اللعان.

والفرق أن المحدود ليس من أهل الشهادة، لأن شهادته قد أبطلها الشرع فصار كأن القاضي أبطلها، وإذا لم يكن من أهل الشهادة لم يكن من أهل اللعان، إذ في اللعان معنى الشهادة لقوله تعالى ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ [أنور: ٦].

وليس كذلك الأعمى، لأن الأعمى من أهل الشهادة، بدليل أن حاكماً لو حكم بجوار شهادته جاز، فصار كالبصير.

٢٤٤- وإذا مات الولد الملاعن وترك ولداً ذكراً أو أنثى ثبت نسه من المدعي وورث الأب.

ولو كانت له جارية فولدت ولداً فلم يدع الولد حتى ولد الولد ولداً آخر، ثم مات الولد الأول فادعى نسه لا يثبت النسب منه.

والمرق أن النسب ثابت وإنما قطع بعض الأحكام باللعان، لأن النسب يثبت بالفراش وقد وجد الفراش، والنسب إذا ثبت لا يقطع كما لو أقر به، وبدليل أنه لو أكذب نفسه ثبت النسب ولو لم يكن ثابتاً لم يثبت بالإكذاب، فدل على أن النسب ثابت، وإنما قطع بعض الأحكام من الميراث والولاية والنفقة وانقطاع هذه الأحكام لا يدل على انقطاع النسب، كما لو كان الأب رقيقاً أو كافراً والولد حر مسلماً، ومن أصحابنا من قال إن النسب غير ثابت ولكنه موقوف به، وتميد حكم الموقوف إما يحوز في حال يحوز مع بقاء خلفه، كما لو اشترى جارية شراء موقوفاً فقتلت في يد النائع، فإن أجاز المشتري البيع جاز، وهذا تنفيذ الحكم الموقوف في الشيء الفائت مع بقاء خلفه، فصار كما لو كانت الأم باقية فادعاه، ولو كان ذلك ثبت نسه منه، كذلك هذا.

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٤١/٧).

أما في مسألة الحرية فالنسب غير ثابت ولا موقوف، فلو أتت النسب لكان ابتداء نبات الحكم في الشيء الفائت مع بقاء خلعه، وهذا لا يجوز، كما لو قتل أحسن عبده، فوجبت عليه قيمته فباع العبد فإنه لا يجوز، كذلك هذا.

٢٤٥- إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً قبل أن أقربك بشهر إن قربتك، فمضي شهر فقرها بعد مضي شهر وقع عليها ثلاث تطليقات، ولا يكون مولياً حتى يمضي شهر. ولو قال: إن قربتك فأنت طالق إن قربتك، فقرها مرة واحدة لا يقع الطلاق حتى يقربها مرة أخرى.

والفرق أن قوله: أنت طالق قبل أن أقربك بشهر، تعليق للطلاق، فقد علق الطلاق بشرط وهو القرب، ووقته بوقت قبله، فيبطل التوقيت وتعلق بالشرط، كما لو قال: أنت طالق الساعة إن دخلت الدار، وإذا بطل التوقيت صار كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إن قربتك، فقد كرر شرط الوقوع، وتكرر ذكر شرط الوقوع لا يوجب تكرار الوقوع، كما لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، ثم قال بعد ذلك: أنت طالق تلك الطلقة إن دخلت الدار، فدخلت فإنه لا يقع إلا تطليقة واحدة، أو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت طلعت واحدة كذلك هذا.

وليس كذلك قوله: إن قربتك فأنت طالق إن قربتك، فإنه يحتاج إلى وجود قربين، لأن قوله: فأنت طالق إن قربتك. يمين معلق بشرط، فما لم يوجد الشرط لا يلزمه اليمين، فإذا قربها مرة انعقدت اليمين لوجود شرطه، فإذا قربها بعد ذلك وجد شرط حنثه فحنث في يمينه.

٢٤٦- إذا قال لامرأته وهو صحيح: إن دخلت الدار فوالله لا أقربك، فدخلت الدار وهو مريض لا يستطيع جماعها ففأى إليها بلسانه جاز، وجعل كأنه آلى منها في حال المرض.

ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم جن فدخل الدار وقع الطلاق، ولا يجعل كأنه تلفظ به في حال جنونه حتى لا يقع.

والفرق أن المعلق بالشرط كالتلفظ به عند وجود الشرط، وذلك القول قول يتعلق بالحكم به، فصار كأنه قال في حال المرض: والله لا أقربك. ففيه يكون بلسانه، كذا هذا.

وليس كذلك قوله: إن دخلت الدار. ثم جن، لأن المعلق بالشرط كالتلفظ بذلك اللفظ عند وجود الشرط، وذلك اللفظ لفظ يتعلق به الحكم صادر عن مكلف، فكأنه تلفظ بلفظ يتعلق به الحكم، ولو كان كذلك وقع في الحال، كذا هذا والله أعلم.

«كتاب العتاق»^(١)

٢٤٧- إذا قال لعهده: هذا أبي، ولأمتي: هذه أُمِّي، ومثله يولد لمثله، وصدقه الأب بذلك عتقا، وثبت نسبه منه. وصف في هذه المسألة تصديقهما له في الأبوة. ولم يصف تصديق العلام له في النوة.

والفرق أنه أقر بالفعل على غيره، لأنه يقول: هو استولد أُمِّي فأنا ابنه فاشترط تصديق ذلك الغير.

بحلاف ابنة، لأنه أقر بالفعل على نفسه، لأنه يقول: أنا استولدت أُمَّك فأنت أُمِّي. وإذا أقر بالفعل على نفسه لم يشترط تصديق غيره.

٢٤٨- إذا قل لعهده: أنت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضاء.

ولو قال لامرأته: أنت طالق من وثاق، وقال: لم أرد به الطلاق. صدق في انقضاء ولا يقع.

والفرق أنه خص الحرية بعمل، والحرية لا تختص بعمل دون عمل، فكونه حر من عمل يقتضي أن يكون حراً من جميع الأعمال، فصار قوله من هذا العمل تخصيصاً لبعض ما شمله اللفظ العام، فلا يوجب قصر الحكم عليه، فعتق من جميع الأعمال.

وليس كذلك إذا قال: أنت طالق من وثاق، لأن كونها طالقاً من الوثاق لا يقتضي طلاقها من الزوجية، وهي توصف بأنها مطلقة من الوثاق، فوصفها بإيقاع الطلاق لا يقتضي أن تنصف بالإطلاق من النكاح، فلا يقع، وحكي عن أبي يوسف أنه أشار إلى لفظ الحرية لا يستعمل في العمل، ولفظ الطلاق مستعمل في الوثاق.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني^(٢): هذا على ما كانوا يتعارفون، فأما على ما تعارفه نحن يجب أن لا يعتق.

٢٤٩- إذا قال لعهده: أنت حر كيف شئت، ثم قال بعد ذلك: جعلته على مال فإنه لا يصح.

(١) انظر الهداية شرح البداية (٤٩/٢) والبحر الرائي (٤٤٨/٨) والسيوط للسرخسي (٦٠٧). والجامع الصغير للشيخي (ص ٢٤٤). ونسخة الفقهاء للسمرقندي (٢٥٥:٢) وشرح مع القدير (٤٢٩/٤) وبذائع الصائغ (١٢٤/٤).

(٢) هو أبو جعفر محمد بن عبد الله بن محمد البجلي، كان من أصحاب كشف المسائل البعصليات، والفواصص المبهمات في المذهب، ولقب بأبي حنيفة الصغير لبراعته في امتزج الحديث، توفي سنة ٣٦٢هـ.

ولو قال لامرأته: أنت طالق كيف شئت، ثم قال: جعلتها على مال فإنه يصح إد

قبلت.

والفرق أن قوله: أنت حر كيف شئت، لمط يقع به العتق، والعتق إذا وقع لا يمكن تغييره، لأنه لا يستقيم بالتعير فائدة فوقع، كما لو قال: أنت حر، ثم قال: جعلته على مال فإنه لا يصح، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال لامرأته: أنت طالق كيف شئت لأن الطلاق قد وقع، والطلاق إذا وقع يمكن تغييره، ألا ترى أنه يتغير بنفسه فيصير بائناً باقضاء العدة، محار أن يجعل بائناً بالعوص كما لو قال: أنت طالق، ثم قال: جعلته بألف درهم، فقبلت صح، كذلك هذا.

٢٥٠- إذا قال: أبيعك عبداً لي بكذا، ولم يره، ولم يسمه فالبيع باطل.

وإن قال: أعتقت عبداً لي أو عدي - عتق.

والفرق أنه أضاف البيع إلى عد منكر، فكان عاقباً على مجهول وبيع المجهول لا يصح كما لو قال: بعتك أحد عبيدي.

وفي العتق أضاف العتق إلى عد منكر فصار مجهولاً، وإضافة العتق إلى المجهول جائز، كما لو قال: أعتقت عبداً من عدي.

٢٥١- إذا قال لأمتي: إحداكما حرة، فقتل كل واحدة منهما رجل آخر معاً، فعلى كل واحد قيمة أمة.

ولو قتلها رجل واحد معاً وجبت عليه دية حرة وقيمة أمة.

والفرق أن إحداها حرة لا محالة، وكل واحدة في أن تكون حرة كصاحبتهما، فالذي وجبت عليه هذه الزيادة بمجهول، وإيجاب الحق على المجهول لا يصح.

وليس كذلك إذا كان القاتل واحداً، لأن إحداها حرة لا محالة، فوجبت الدية لأن من وجبت عليه الزيادة معلوم، لأن القاتل واحد وإيجاب الزيادة على المعلوم جائز.

٢٥٢- إذا قال لرجل: أعتق أي عبيدي شئت، فأعتقهم جميعاً لم يعتق إلا واحد. ولو قال: أي عبيدي شاء العتق فأعتقهم، فإن شاءوا العتق فأعتقهم - عتقوا.

والفرق أن حرف أي يدخل في الكلام ويراد به الجماعة، قال الله تعالى: ﴿لَتَنُوكُنَّ أَكْثَرَ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ [الملك: ٢] والمراد به كل واحد من أحاد الجماعة، ويدخل في الكلام ويراد به الواحد قال الله تعالى: ﴿أَيُّ الْفَرِيقَيْنِ خَيْرٌ مَقَامًا﴾ [مريم: ٧٣] وقال عمر

وجل: ﴿أَتُكَّمُ تَأْتِي بِغَرَضِهَا﴾ [الممل: ٣٨] والمراد به الواحد من الجماعة فإذا احتل الواحد والجماعة لم يصرف إلى أحدهما إلا بقرينة، فإذا قل: أي عبدي شفت، فقد علق ذلك بمشقة خاصة، وإذا كان الشرط خاصاً كان الجزاء أيضاً خاصاً، فصار كما لو قال: إذا شفت عتق واحد فأعتقه.

وليس كذلك إذا قال: أيهم شاء العتق، لأن المشقة عامة، وإذا كان الشرط عاماً كان الجزاء أيضاً عاماً، فإذا أرادوا جميعاً العتق عتقوا.

٢٥٣- إذا قال لها إن كان حملك أو ما في بطنك غلاماً فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة، فكان حملها غلاماً وجارية لم يعتق واحدة منهما.
ولو قال: إن كان في بطنك غلام فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة فكان حملها غلاماً وجارية يعتق الأم والولد معها.

والمرق أن الحمل عبارة عن جميع ما في البطن قال الله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ أَطْخَالُ الْحُلُومِ أَنْ يَصْقَنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وما في البطن عبارة عن جميع ما فيه فشرط حننه كون جميع ما في البطن غلاماً أو جارية، فإذا كانا جميعاً لم يوجد شرط الحنن فلا يعتق. وليس كذلك قوله: إن كان في بطنك، لأن «في» حرف ظرف وكون البطن ظرفاً للجارية لا يمنع كونها ظرفاً للعلام أيضاً، فشرط حننه كون الغلام في البطن وكون الجارية، وقد وجدوا فعتقوا جميعاً.

٢٥٤- إذا قال المولى لعمه: أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل، وقال: قبلت - فالقول قول المولى.

ولو قال: بعثك أمس عدي هذا بألف فلم تقبل، وقال: قبلت - فالقول قول المشتري.

والفرق ما بينا أن العتق ينفك عن وجوب المال، فلم يكن الإقرار بالعتق إقراراً بوجوب المال، فصار يدعي عليه عقداً، وهو ينكر فالقول قوله.

وليس كذلك البيع لأن البيع لا ينفك عن وجوب المال، فصار إقراره بالبيع إقراراً بوجوب المال، فصار كأنه قال: بعثك وقبلت، ثم قال: لم تقبل.

ولو قال ذلك فالقول قول المشتري كذلك هما.

٢٥٥- إذا أعتق عبده على مال فأعطاه كفيلاً بالمال الذي أعتقه عليه حار.

ولو كاتبه على مال فأعطاه كفيلاً بمال المكاتبه لم يجر.

والفرق أنه لما أعتقه على مال وقبضه صار ذلك ديناً صحيحاً، بدليل أنه لو أراد إسقاطه عن نفسه لا يمكنه، فإذا أعطاه به كفيلاً جاز كسائر الديون.

وليس كذلك مال الكفالة، لأنه ليس بدين صحيح، بدليل أنه يقدر أن يسقطه عن نفسه بالعهر، بأن يعجز نفسه، ومن شرط صحة الكفالة أن يبرأ الكفيل بما يبرأ به المكفول عنه، والمكفول عنه يبرأ من غير أداء، ولا إبراء، ولو جوزنا ذلك لكان لكفيل ذلك، وإذا قدر على إسقاطه عن نفسه من غير أداء، ولا إبراء لم تجز الكفالة.

٢٥٦- أم الولد إذا جت جنائيات أو مرة لا يغرم المولى أكثر من قيمة واحدة

ولو وجبت عليها ديون من التجارة سعت في جميع ديونها بالغاً ما بلغ.

والفرق أن الدين يشت في الذمة، بدليل أنه لا يجب على المولى والذمة تسع

الحقوق كلها، ثبت جميع الديون، فوجب أن يغرم بالغاً ما بلغ.

وليس كذلك الحناية لأنها تتعلق بالرقبة، بدليل أنها تجب على المولى ولا يطالب بها

بعد العتق، والرقبة لا تضمن بأكثر من قيمة واحدة، كما لو قتل إنسان عبداً فإنه لا يضمن أكثر من قيمة واحدة، كذلك هذا.

٢٥٧- ولد أم الولد يلزم المولى، وله أن ينفيه.

وولد المنكوحه يلزم الزوج وليس له أن ينفيه.

والفرق أن المولى يتفرد بقطع الولد المستفاد على حكم الفراش إلا أن يقضي به

قاض لأنه بالقضاء ثبت منه، فصار ككبرته بالإقرار.

وليس كذلك الحر، لأنه لا يفرد بقطع هذا الفراش، لأنه لا يقدر على أن يتزوجها

ما لم تنقض عتقها، فلا يفرد بقطع الولد المستفاد على ذلك الفراش.

٢٥٨- وإذا ادعى رجلان ولد جارية بينهما معاً فهو ابنهما يرثهما ويرثانه

والجارية أم ولد لهما، فإن اعتق أحدهما نصيبه عتق نصيب الآخر.

وفي العبد المشترك إذا اعتق أحدهما نصيبه لا يعتق جميعه.

والفرق أنه اعتق نصفه بإعتاقه، ولا سعاية عليها في الباقي عند أبي حنيفة رحمه الله،

لأن ربة أم الولد لا تقوم بالسعاية، بدليل أنها لا تسعى لغرم ولا لوارث، فقد عتق

نصفها وحصل الباقي في يدها ولا يمكنه ردها ولا سعاية عليها فعتقت بتمامها.

وليس كذلك العبد، لأنه عتق نصفه، وحصل الباقي في يده، ولا يقدر على رده،

ورقبته مما يضمن بالسعاية، بدليل أنه يسعى لغرم ووارث بقي نصفه رقيقاً فصار

كالمكاتب، فما لم يؤد مال الكتابة لا يعتق، كذلك هذا.

٢٥٩ - امكأنة إذا اشترت اسها ثم ماتت عن هذا الاس فإن عمل مال الكأنة مع منه ولم يبع، وإلا يبع، ولو وددت في الكأنة ثم ماتت الأم بقي مال الكأنة عليه مؤحلاً كما لو كان على الأم.

والفرق أنه بالشراء أوجب له حق العتق بعقد عمره، وهي الأم، فإذا مات الأداء من جهة ذلك العير لزمه البذل حالاً، كما لو كاتب جارية على ألف درهم وآخر عاتب معها نماتت الحاضرة وحضر الغائب لزمه المال حالاً، وإلا فسخ العقد، كذلك هذا.

وليس كذلك الجارية إذا وددت، لأنه لم يوجب لها حق العتق بعقد غيره، وإسما أوجب لها العتق بعقده، لأن العقد يوجب عتق الأم، والولد جزء من أحزائها، فصار حكمه كحكم الأم، والأم تسعى مؤحلاً بعقدها، كذلك هذا.

٢٦٠ - حربي خرج إلى دار الإسلام مستأمنًا ومعه أم ولد - لم يكن له أن يبيعها. ولو عتق عبدًا له في دار الحرب ثم حمته مع نفسه إلى دار الإسلام - فله أن يبيعه على قول أبي حنيفة.

والفرق أنا من حيث يجوز بيعها بخرجها من كوها أم ولد له لا يطله، لأنه إذا نقلها إلى دار الإسلام صارت ملكًا له حقيقة مستقرة، وقبل ذلك لم يكن ملكه مستقرًا، وإذا حصل له فيها ملك مستقر، وله منها ولد ثابت النسب صارت أم ولد له، لأن الاستيلاد المتقدم ينفذ في حكم الملك المتأخر، فمن حيث يجوز بيعه نطله فلا يجوز.

وليس كذلك العتق، لأن ما من حيث يجوز بيعه ونطل عتقه لا يطله، لأنه إذا نقله إلى دارنا صار ملكًا له بقره، وعتقه متقدم عليه، والعتق المتقدم لا يسري إلى الملك المتأخر، فمن حيث يجوز بيعه لا يطله فجوزناه.

٢٦١ - عبد في يد رجل فقال لآخر اشترني منه فاشتراه، ثم أقام العبد السنة أنه حر عتق، وقد ظهر من هذا.

وقيل يجب أن لا تقلل بيته، لأن أمره بالشراء إقرار بالملك له، فإذا قال: أنا حر الأصل، فإقراره الأول يكذبه في دعوى الثاني فلا يصدق، كما لو باع من إنسان عبدًا، ثم قال: ما بعث لم يكن لي فإنه لا يصدق، كذا هذا.

والفرق أنه ثبت بينة أن ما جرى بينهما لم يكن عقدًا، لأن العقد على الحر لا يصح، فوجب أن يصدق على ذلك، الدليل عليه أنه لو باع عبدًا فأقام البينة أنه حر الأصل، فإنه يصدق على ذلك كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: ما بعث لم يكن لي لأنه لا يثبت بينة أن ما جرى بينهما لم

يكن عقدًا، لأن العمد على ملك العير يصح إلا أنه يقف على إجازته، فهو لا يثبت بينه
أن ما جرى بينهما لم يكن عقدًا، ولكنه يريد أن يطل عقدًا جرى بينهما - ولا يصدق.

٢٦٢- عمد بين رجلين دبر أحدهما نصيبه، فلاحق أن يترك نصيبه على حاله، ولو
أعتق أحدهما نصيبه لم يكن لشريكه أن يترك نصيبه على حاله.

والفرق أن التدبير لا يزيل الملك فيبقى ملكه فيه، ولو كان الجميع له فدر نصبه
كان له أن يبقى ملكه في الباقي، كذلك هذا.

وليس كذلك العتق، لأن العتق يوجب الحرية وثبوت اليد له على نفسه تحصل
للعبد في يد نفسه، ولو كان الجميع له فأعتق نصفه لم يكن له أن يبقى ملكه في الباقي
كذلك إذا كان النصف له فدبر شريكه لم يجز له أن يبقى ملكه في الباقي.

٢٦٣- إذا دبر المرتد عبده فتدبيره موقوف، فإن لحق بالدار بطل تدبيره، فإن عاد
فأسلم فوجد العبد في يدي الوارث فأخذته فهو مدبر.

ولو باع في حال رده ثم لحق بدار الحرب بطل بيعه، فلو عاد مسلمًا لم يعد البيع.
والفرق أن ملك المرتد موقوف فلما لحق بدار الحرب حكمنا بزوال الملك من
حين الرد، فقد دبر ملك غيره في الظاهر فلم يجز، إلا أنه يجوز أن يعود مسلمًا فيعود
الملك إليه من حين العقد، والعقد غير نافذ في الحال، فكأنه علق التدبير بعود الملك
وقال: إن عدت إلى ملكي فأنت مدبر، ولو قال هكذا كان جائزًا، لأن تعليق التدبير
بالشرط جائز، كذلك هذا.

وفي البيع يصير كأنه علق البيع بشرط وتعليق البيع بالشرط لا يجوز فيبطل.

٢٦٤- ولو أن المرتد لحق بدار فباع الورثة عبدًا له قد دبره بعد رده ثم أسلم
المرتد وعاد إلى دار الإسلام، فعاد ذلك العبد إليه بوجه من الوجوه - صار مدبرًا.
ولو باع رجل عبيدين على أن المشتري بالخيار يأخذ أيهما شاء، فأعتق النافع أحد
العبيدين ثم أجاز المشتري البيع في ذلك العبد فإنه يطل العتق، فلو عاد ذلك العبد إلى ملك
النافع بوجه من الوجوه - لم ينقض عتقه.

والفرق أن ملك النافع في أحدهما باق، إذ لا يتوهم زوال ملكه فيهما هذا العقد،
إلا أنه يجوز أن يستبقى ملكه في الذي أعتق، ويجوز أنه يستبقى ملكه في غيره، فكأنه
قال إن استبقيت ملكي فيك فأنت حر، ولم يستبق ملكه، وإنما عاد إليه بوجه آخر، فلم
يوجد الشرط الذي علق العتق به فلم يجز.

وليس كذلك في المرتد، لأن الملك رائل في الحال، والعود مترقب فصار معتق

التدبير باستعادة الملك والعود. وقد استفاده فصار مديراً.

٢٦٥- إذا شرط الرجل على مكاتبة ألا يخرج عن الكوفة إلا بإذنه فالشرط باطل. والعقد جائز. ولو شرط على مكاتبة أن يطأها فالعقد دس.

والفرق أنه ليس في تركه الخروج عن الكوفة منفعة للمولى، لأنه ليس له أن يستخذه، ولا أن يأخذ ماله فربما يكون منفعته في خروجه، لأنه يخرج ويكتسب، فهذا شرط زائد على العقد ليس فيه منفعة لأحد العاقدين، فكان باطلاً، والعقد جائز كما لو باع ثوباً على ألا يبيعه ولا يهبه فالبيع جائز، والشرط باطل كذلك هذا. وليس كذلك إذ شرط على مكاتبة أن يطأها، لأن فيه منفعة للمولى وهو أن يتمتع بها، فصار هذا شرطاً زائداً على موجب العقد فيه منفعة، لأحد المتعاقدين فبطل العقد، كما لو باع منه ثوباً شرط أن يخطه.

٢٦٦- إذا ترك المكاتب ولدين ولدا له في المكاتبة فأعتق المولى أحدهما - فعلى الآخر أن يسعى في جميع المكاتبة.

ولو كاتب عبيد كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما - سقطت حصته من مال المكاتبة والفرق أن العقد لم يقع عليهما، وإنما لحق عقد العبر على طريق التبع فلم يلزم المولى تسليم الرقبتين إليهما على هذا البديل، فإذا بقي أحدهما بقي المال كله ببقائه، وصار كأنه لم يكن إلا ولد واحد، كما لو اشترى جارية فولدت في يدي البائع ولدين ثم مات أحدهما فإنه لا يسقط شيء من الثمن، كذلك هذا.

وليس كذلك في تلك المسألة، لأن العقد وقع عليهما، فقد التزم بتسليم الرقتين إليهما على هذا البديل، فإذا لم يسلم أحدهما سقط ما يلزاه، كما لو باع عبيد فمات أحدهما قبل القبض فإنه يسقط حصته من الثمن، كذلك هذا.

٢٦٧- إذا قال: أول عبد أملكه واحد فهو حر، فملك عبيد معاً ثم ملك واحداً - لم يعتق واحد منهم.

ولو قال: أول عبد أملكه وحده فهو حر، فملك عبيد معاً واحداً - عتق الثالث. والفرق أن الواحد هو عبارة عن أول العدد، يقول: واحد واثنان فصار صفة للأول، ولا يقتضي انفراده وبقي غيره معه، فلا يفيد إلا ما أفاد قوله: أول عبد أملكه، ولو قال ذلك فملك عبيد معاً لم يعتق واحد منهم، كذلك هذا.

ولس كذلك قوله وحده، لأن وحده عبارة عن انفراده وبقي غيره معه، لأنها صفة لفعله يقول وحده لا شريك له أي وحدته توحيداً، يقال فلان وحده في الدار فإنه يعني

كون غيره، فكأنه قال: أول عبد أمرده بالملك، ولم يفرد الأول والثاني بالملك ومصرى إلى الثالث الذي أفرد بالعتق - فأعتقه.

٢٦٨- لو أن رجلاً قال: كل جارية لي فهي حرة إلا خراسانية ثم قال: الثلاث منهن أو أربع من خراسانيات ولم يعلم ذلك إلا بقوله فإن القول قوله مع يمينه. ولو قال: كل جارية لي فهي حرة إلا أمهات أولادي، ثم قال: هذه أم ولدي وهذه. فإنه لا يصدق.

والفرق أن قوله: كل جارية لي. لفظ عام، وقوله: إلا أمهات أولادي. استثناء شخص وجد فيها فعل من جهته، فقد عم الإيجاب وعلق الاستثناء بفعل مما لم يظهر ذلك الفعل لا يحصل الاستثناء، فبقين داخلات في اليمين ولا يخرجن عن اليمين إلا يقيين.

وليس كذلك قوله إلا خراسانية لأنه لم يعلق الاستثناء بفعل لأنه لا يحتاج إلى فعل لتصير هي خراسانية لأن الخراسانية اسم جنس كالرومية والهندية فقد استثنى اسمًا من الأسماء والاستثناء مع المستثنى أحد اسمي الباقي فقد أوقع العتق على غير الخراسانيات، فصار الإيجاب خاصًا، فلا يدخل في الإيجاب إلا يقيين.

وجه آخر أن الأصل في الجواري ليس هو الخراسانية لجواز أن يكون متشابهًا بغيره فلم يستحق العتق في الطاهر، فلم يكن بدعواه أنها خراسانية مدعيًا خلاف الطاهر فصديق.

وليس كذلك أمهات الأولاد، لأن الأصل في الجواري أنها لم تكن أم ولد، فإذا قل: هذه أم ولدي. فقد ادعى خلاف الطاهر ومعنى طارئ فما لم يعلم وجوده لا يخرجن عن الاستحقاق.

وعلى هذا الأصل، لو قال: كل جارية غير خبازة فهي حرة، فقال: كلهن خبازات - فالقول قوله: ولو قال: كل جارية لي فهي حرة إلا جارية خبازة، ثم قال: هذه خبازة - لم يصدق، لما بينا أن الإيجاب خاص فلا يدخل في الإيجاب إلا يقيين، وهناك الإيجاب عام، والاستثناء خاص، فلا يدخل في الاستثناء.

٢٦٩- ولو قال لعبد له يساوي ألف درهم: حج عني حجة وأنت حر، وليس نه مال غيره فللعبد أن يحج حجًا وسطًا من منزل المولى، فإن حج عه فأعتقه أحد الورثة سعى في ثلثي قيمته للورثة.

ولو قال: أعتق عني عبدًا وأنت حر، فأعتقه - فإنه لا يسعى في ثلثي قيمته. والفرق أن المولى لم يشترط تملك العبد بأداء الفقة التي يحج بها، لأن لو ملكا

المولى تلك العتقة لكان للورثة أن يأخذوا ثلثها فيحصل للعبد ثلث العتقة فلا يكون حراً وسطاً وفي ذلك منع حواره عن الميت، وهذا لا يجوز فمن حيث يملك المولى ثلث العتقة من جهة العبد يصح منه فلا يملكه فلم تكن العتقة بدلاً عن العتق، فكانه أمر أن يعتق عنه محائاً ولو أعتق عبده بمائاً سعى في ثلثي قيمته، كذلك هذا.

وفي تلك المسألة شرط أن يملكه الرقبة ثم يعفقه عنه، ولو ملكناه لم يكن للورثة أن يأخذوا من الرقبة شيئاً، وإما لم أن يستسعوا العبد، فلم يكن في تملكه مع جواز إعاقته عن الميت فلم يكن عتقاً بمائاً، فصار عتقاً ببدل، فإن كان البديل مثل قيمته لم يكن محائاً بشيء، فلا يسمى في شيء وإن كانت أقل اعتبر ثلث المحاباة له ويسعى في ثلثيه.

٢٧- ولو أن رجلاً قال لعبده: إن أدبت إلي ألف درهم أحج بها فأنت حر، أو قال: أد إلي ألف درهم أحج بها وأنت حر، فأدى إليه ألف درهم فإنه يعتق؛ حج المولى أو لم يحج.

ولو قال: إذا أدبت إلي وصي ألف درهم يحج بها فأنت حر، فما لم يحج الوصي لا يعتق.

والفرق أن قوله أحج إحصار، فلم يخرج مخرج الشرط، فقد أمره بالأداء وأجبر عنه بخبر، فإذا أدى عتق سواء وجد الخير أم لا، وكذا كما قلنا فيمن قال: ادفعوا إلي فلان ألف درهم بعد موتي لينفقهم، فسواء وجد الإنفاق أم لا يستحق الألف، كذلك هذا.

وليس كذلك قوله: إذا أدبت إلي وصي ألف درهم يحج بها، لأن اللفظ للصلة فقد وصل الحج بالدفع، فصار شرطين فما لم يوجد الشرطان لا يعتق.

٢٨- إذا قال: إذا أدبت إلي عبداً فأنت حر - انصرف إلى الوسط فإذا أدى عبداً مرتفعاً أجبر على القبول.

ولو قال: إذا أدبت إلي عبداً وسطاً فأنت حر، فأني بعبد مرتفع لا يجبر على القبول ولا يعتق به.

والفرق أن الوجوب بمطلق الاسم، وإطلاق الاسم يتناول الجيد والوسط والرديء، إلا أن في إيجاب الجيد إصراراً بالعبد، وفي إيجاب الرديء إصرار بالمولى فالرماء الوسط لا لحق اللفظ، وإما هو من طريق الحكم، فإذا أتى بالجيد فقد وجد ما يدخل في الاسم من غير إضرار بالمولى فأجبر على القبول كما قلنا في الديات والركوات.

وليس كذلك إذا قال: عبداً وسطاً، لأن الوسط ملقوظ به فاستحقاقه بالاسم لا من جهة الحكم، واسم الوسط لا يطلق على الجيد، فلم يوجد الشرط الذي علق العتق به ولا

يعتق، كما لو قال: إن أدبت إلي ألفاً في كيس فأنت حر، فأدي في غير كيس لم يعتق، كذا هذا.

٢٧٢- إذا قال المولى لعبده: أعتق عني عبداً وأنت حر - صار مأذوناً له، وإذا استفاد عبداً وسطاً فأعتقه عتق المأمور، ولو استفاد عبداً مرتفعاً فأعتقه عنه لم يعتق واحداً منهما.

وبو قال: إن أدبت إلي عبداً فأنت حر، فأدى إليه عبداً مرتفعاً لم يحرر عليه واعتق المشتري.

والفرق أن ما زاد على الوسط ملك المولى، لأنه كسبه قبل حصول الحرية، ألا ترى أنه لو قال: إذا أدبت إلي ألفاً فأنت حر، فاكْتَسَبَ المِين وأدى إليه ألفاً والألف الباقية للمولى، لهذا المعنى أن ما زاد على الوسط ملك للمولى، ومقدار الوسط حق العبد، وقد أوصل الجميع إلى المولى وعد نفعه إليه يعتق.

وليس كذلك إذا أعتق عبداً مرتفعاً، لأن ما زاد على الوسط ملك للمولى، وإذا أعتقه العبد فقد تسرع بإعتاق ملك المولى لا يصح، كما لو استفاد عديناً فأعتقهما لم يحرر إلا أحدهما وإذا لم تجز تلك الريادة بقي العتق في بعض العبد، وقد أمره يعتق عبد كامل فلا يعتق بعصه فلم يجز عنه.

٢٧٣- إذا قال لعبده: إن مكنتك فأنت حر. عتق في الحال.

ولو قال: إن اشتريتك فأنت حر. لا يعتق.

والفرق أن استبقاء الملك ملك، بدليل أنك تقول: ملكك هذا العبد سنة وشهراً فيصح، فيدخل في اسم أنه ملكه فحنث، كما لو قال: إن صححت فأنت حر، فبقي صحيحاً عتق.

وليس كذلك الشراء، لأن البقاء على الشراء لا يسمى شراء، لأنه لا يقال: اشتريت عبداً سنة، فلم يدخل في الاسم، فلا يعتق.

٢٧٤- ابن ساعدة عن محمد في الوصايا لو قال لعبده: أنت حر أمس. وإما اشتراه اليوم عتق.

ولو قال: أنت طالق أمس. وإما تزوجها اليوم لم تطلق.

والفرق أن وصفه بكونه حراً بالأمس يوجب تحريم استرقاقه عليه اليوم فعنق وإن لم يكن في ملكه في ذلك اليوم، كما لو قال لعبده: أنت حر الأصل عتق، وإن لم يكن أصل العلوق عنه.

وأما في الطلاق فوصفها بوقوع الطلاق عليها بالأمس ووقوع الطلاق عليها بالأمس لا يقتضي كونها محرمة عليه اليوم، لأنه لو طلقها بالأمس زوج آخر، وقبل الدخول ثم تزوجها هذا حيث له فلم يعبر بما يوجب نحریمها عليه فلا تطلق^(١).

«كتاب المكاتب والولاء»^(٢)

٢٧٥ - إذا كاتب عبده على قيمته لم يجز.

ولو كاتب أم ولده، أو مدرته على قيمتها جاز.

والمرق أن العقد على قيمة الشيء يقتضي براءته بتسليم المقوم، ألا ترى أنه لو تزوج امرأة على قيمة عبده فأناها بالعين أجبرت على قبوله، وذلك لأن العين أعدل من القصة، بدليل أنه لو غصب من إنسان عبداً فأبق ضمن قيمته، ثم رجع فسلم العين برئ. فدل على أن العين أعدل من القيمة، فلو جوزنا العقد بقيته لرئ - بتسليم العين إليه، وفي تسليم الرقية إليه استقاء للرق، وفي اشتراط استقاء الرق بطلان الكفالة، فصرنا من حيث يجوز نطل - فلا يجوز، كما لو قال: كاتبك بشرط ألا تعتق بأداء المال

وليس كذلك إذا كاتب أم ولده، لأن العقد على قيمتها لا يوجب براءتها بتسليم العين، بدليل أن في سائر العقود لا تقرأ لأن تسليم رقبته على حكم العقد لا يجوز بحال فلم يكن العقد على قيمتها موجباً براءتها بتسليم العين، فصارت هذه كتابة تنفذ العتق فصحت.

فإن قيل: القيمة مجهولة، فيجب ألا يجوز، كما لو اشترى شيئاً بقيمة أم الولد لا يجوز.

قلنا: التفاوت في تقويم المقومين بقل، وقليل التفاوت يمنع صحة البيع، ولا يمنع صحة الكتابة، كما لو كاتبه على حيوان.

٢٧٦ - إذا كاتب أمته كتابة فاسدة فوطئها، ثم أدت الكتابة فعتقت فعليه عفرها لها.

ولو باع جارية بيعاً فاسداً فوطئها النائع، ثم سلمها إلى المشتري فأعتقها وغرم

(١) انظر إجماع الصغير (ص ٢٥١) وبداية الصنائع (٢٧٧/٦)، والمسوط (٢٤١/٧)
(٢) انظر البداية (ص ١٩٣) والهداية شرح البداية (٢٥٣/٣) والبحر الرائق (٤٥/٨) وحاشية ابن عابدين (٨٧/٦)، وفتاوى السعدي (٤٢١/١) والمسوط (٢/٨) وإجماع الصغير (٤٥٢/١) وكذلك المسوط (٤٠٧/٣) وبداية الصنائع (١٢٩/٤) والدرية (١٩١/٧) وهب الترية (٤٠٢/١٤٢).

فيحتها لم يكن على البائع شيء.

والفرق بينهما أن عتقها يستند إلى العقد بدليل أنه تتبعها الأولاد، والأرورش، نصار عند الأداء كان العقد كان صحيحاً ووطئها المولى، فإنه يجب العقر، كذلك هذا. وفي البيع إذا أسدناه إلى العقد صار كأن العقد كان صحيحاً، ولو كان كذلك لا يجب العقر عند أبي حنيفة، كذا هذا.

ووجه آخر أن في الكتابة الفاسدة يملكها من حين العقد، بدليل أنه يتبعها الأولاد والأرورش، نصار الوطء في حقها يوجب العقر لها.

وفي البيع الفاسد إنما تملك من حيث القبض، بدليل أنه لا يتبعه الأولاد والأرورش، والقبض، وجد الآن فصار الوطء في ملك نفسه، فلا يغرم شيئاً.

ووجه آخر أن حكم ملكه باق فيها في الكتابة الفاسدة، بدليل جوار عتقه وتذيرها، وبقاء حكم ملكه بعد الكتابة لا يسمع وجوب العقر كالكتابة الصحيحة.

وليس كذلك في البيع، لأنه بقي على حكم ملكه، وبقاء حكم ملكه يسمع وجوب العقر، كما لو اشترى شراء فاسداً وقضها فوطئها فإنه لا يجب العقر إذا ردها إلى البائع في إحدى الروايتين، كذلك هذا.

٢٧٧- المولى إذا وطئ المكاتب كتابة صحيحة أو فاسدة وجب العقر، والبائع إذا وطئ الحارية المبيعة لا يلزمه العقر عند أبي حنيفة.

والفرق أنه أوجب لها البضع بعقد الكتابة، فإذا وطئها صار مرئحاً ما أوجه بعقدته فعمر، كما لو استرد بعض المبيع.

وفي البيع لا يقع العقد على مافع البضع، وإنما دخل فيه تمناً، وإذا لم يرتجع ما أوجه العقد لم يغرم، ولأن الكتابة قد تمت، فقد ارتجع المعقود بعد تمامه، والبيع لا يتم إلا بالتسليم، فقد استوفى الوطء قبل تمامه فلا يغرم.

٢٧٨- إذا كاتب عبيد كتابة واحدة، وقيمتها سواء، فأدى أحدهما بشيء رجع بصفه على صاحبه.

ولو اشترى شيئاً على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأدى أحدهما شيئاً لم يرجع، إلا أن يزيد على النصف.

والفرق أن الوجوب ههنا من جهة واحدة، والأداء من جهة، فلو مرفه وحلنا بعضه من جهة نفسه وبعضه من جهة صاحبه لأبطالناه، لأن الضمان يمال الكتابة لا يصح، فصار الوجوب والأداء من جهة واحدة، فلم يكن لواحد منهما حجة على صاحبه إلا أنه

عليه مثلها فاستوي، فجار أن يرجع أحدهما على صاحبه، كالكفيل بمال واحد، كل واحد كمثل صامس عن صاحبه فإن الجميع يستحق على كل واحد بحصة واحدة، فما أدى أحدهما يرجع بصفه على صاحبه

وليس كذلك الشراء، لأن الوجوب بجهتين بعضه من الصمان، وبعضه من الأصل، والكفالة بالثمن جائزة فمن حيث يجعله في الجنتين لا نطله، ولو جعلها نصف لمؤدي عن صاحبه، لكان له أن يجعل عن هذا فصار من حيث يرجع يرجع عليه فلا يرجع.

٢٧٩- إذا مات المكاتب وترك ولداً ولد في الكتابة يسعى في الكتابة على الحوم، ولو كاتب عبده على نفسه وعلى الغائب، ثم مات الحاضر بانه يؤدي الغائب حالاً، والفرق أن للأولاد حقاً في عقد الأب، بدليل أنهم يعتقون بأدائه وله يد عليهم، والأجل من حقوق العقد، فقد جر نفعاً إليهم باشتراط الأجل فيه، فإذا جر نفعاً إليهم وه يد عليهم صح. ولم يسقط بموته كالمثقف إذا قبل الهبة للقيط ثم مات.

وأما الحاضر فإنه لا يد له على الغائب، فقد حر نفعاً إليه من غير يد ولا ولاية ولم يصح، كغير المثقف إذا قبل الهبة، فإنه لا يصح، فصار الأجل من حق العاقد، فإذا مات بطل فحل المال على الغائب.

٢٨٠- إذا كاتب عبده على نفسه وأولاده الصغار، ثم إن المولى عتق بعضهم رفعت حصته عن مال الكتابة عن الآخرين. ولو كاتب جارية فولدت أولاداً فأعتق بعضهم فإنه لا يرجع عنها شيء من المال.

والفرق أن الأولاد في مسائلتنا موجودون وقت العقد، وقد تناولهم العقد، وملك رقبهم بهذا البدل، فإذا أعتق بعضهم فقد منع التسليم في بعض المعقود عليه فمنع ما يراه، كما لو كاتب عشرين كتابة واحدة على ألف درهم ثم أعتق أحدهما رفع عنه حصته، كما لو باع عبيداً ثم استهلك بعضهم رفع عن المشتري حصته من الثمن. وليس كذلك المولود في الكتابة، لأن العقد لا يتناولهم، وإنما لحقوا العقد تبعاً للأم، فمن مات منهم جعل كأنه لم يكن، فكذلك من أعتق منهم جعل كأنه لم يكن، فلم يرفع المعقود عليه فلا يبيع ما يؤوله شيء من البدل.

٢٨١- رجل كاتب عبداً له وامرأته مكاتبه واحدة على أنفسهما وعلى أولادهما وهم صغار، ثم إن إنساناً قتل الولد فإن قيمته للأبوين جميعاً يستعينان بها في مكاتبتهما. ولو كاتب عبده وامرأته مكاتبه واحدة، ثم ولدت ولداً فقتل الولد فإن قيمته تكون للأم.

والفرق أن ههنا الحق الولد عقد الكتابة بالشرط وهما قد استويا في الشرط فاستويا فيه وفي بدله.

وفي الولد المولود في الكتابة الولد الحق العقد بالولادة، وقد انفردت الأم بالولادة، فانفردت شوت الحق فيه وفي بدله.

٢٨٢- إذا كاتب عبداً له وامرأته على أنفسهما وأولادهما، ثم مات الولد وترك مالا فماله للأبوين.

ولو كان حياً لم يكن للأبوين على ماله سبيل.

والفرق بين حالة الحياة والوفاة أن قبول الأب عسى ولده إنما يجوز فيما ينفعه، ولا يجوز فيما يضره، ألا ترى أن الولد يعتق ولا يلزمه ضمان، فلو جوزنا له أن يأخذ شيئاً من كسبه حالة الحياة لكان فيه إضرار بالولد، وهذا لا يجوز.

وأما بعد الموت لو جوزنا لهما الأخذ لم يؤد إلى الإضرار، فجاز لهما ذلك.

٢٨٣- إذا كاتب الوصي عبد الصغير فبلغ، كان للصغير قبض مال الكتابة.

ولو باع شيئاً من مال الصبي، ثم بلغ الصبي - فإنه لا يقبض المال، بل الوصي هو الذي يقبض المال.

والفرق أن الوصي ليس يقبض مال الكتابة بحق العقد، لأن عقد الكتابة لا يوجب تعليق العهدة بالعاقدة، وإنما يوجب تعليقها بالمعقود له، ألا ترى أنه لو وكل وكبلاً بالكتابة فكاتب لم يكن له قبض المال، وإذا لم يكن له قبضه بحق العقد صار قبضه كالولاية على الصغير، وقد زالت ولايته بالبلوغ فرال الحق.

وفي البيع قبض الثمن بحق العقد، لأن حقوق العقد في باب البيع يتعلق بالعاقدة، والعقد باق فبقي موجه، فكان له قبضه فافترقا من هذا الوجه.

٢٨٤- إذا جنت أمة المكاتب جنابة فوطئها المكاتب كان اختياراً للحناية.

ولو أن حراً له أمة جنت فوطئها لا يكون اختياراً.

قال القاصي الإمام رحمه الله: يجوز أن تحمل مسألة المكاتب على أنه وطئها فأعتقها، وفي جنابة أمة الحر كذلك، وإن لم يحمل على هذا.

فوجه الفرق أن الوطء حرام على المكاتب، فصار جنابة، ولو جنى عليها كان مختاراً، كذلك هذا.

وليس كذلك أمة الحر، لأن الجنابة لا تحرم وطأها عليه فقد استوفى مفعله حلالاً لم يوجب نقصاً فيها ولم يمسح الدفع فلم يصر مختاراً كما لو استخدمه.

٢٨٥- إذا مات المكاتب وترك ولدًا وعليه دين مسمى الولد في مال الكفاية وعق لم يكن للعرماء أن يأخذوا من المولى ما أحد، ولو مات المكاتب وعليه ديون ورجع مالا فقصي بعض العرماء دون بعض، أو قصي مال الكفاية كان للعرماء أن يتعسفوا به، يأخذوا منه حصصهم.

وافرق أن الديون كلها على الولد، فهذا صحيح يقضي بعض ما عليه من الديون دون بعض فلم يكن لبعض العرماء على القابض من سبل، كالحز إذا قصي بعض عرماؤه. وليس كذلك المكاتب إذا مات لأنه لما مات تعلق حق العرماء بتركته، فإذا قصي بعضًا دون بعض فقد قطع حق الباقيين، وهذا لا يجوز كالمرضي إذا قصي بعض عرماؤه دون بعض فإنه لا يجوز، كذلك هذا.

٢٨٦- رجلان كاتبان عبدًا بينهما مكتوبة واحدة، نأدى نصيب أحدهما لم يعتق نصيبه، ما لم يؤد جميع مال الكتابة. ولو وهب له نصيبه من الكتابة عتق.

والفرق أنه لما أوفى أحدهما نصيبه فطلب الآخر مال المكاتب لم ينقطع عن المكاتب، لأنه إذا قبض منه حصته كان لشريكه أن يأخذ منه نصفه ثم يرجع على المكاتب بما قبض للشريك منه، ثم يرجع الشريك بنصف ما قص ثانياً حتى يستوفي كل واحد منهما كمال حصته، ثبت أن طلبة بمال الكتابة لم ينقطع عن المكاتب، وبقاء الطلب بمال الكتابة على العبد يمسع عقه، كما لو بقي جميع المال عليه. وأما إذا وهب منه نصيبه فطلبه بمال الكتابة يقطع، لأنه لا يجوز له المطالبة بشيء بعد الإبراء، فعتق المكاتب، كما لو أدى جميع المال.

٢٨٧- إذا كاتب عبي نصف عبده ثم باعه النصف الباقي من نفسه فللعبد الخيار إن شاء عجز نفسه وسعى في نصف قيمته، وإن شاء مضى على الكتابة، فإن اختار المضى على الكتابة، فأدى بعض الكتابة، ثم عجز وحث عليه نصف القيمة، وحسب له ما أدى من مال الكتابة من القيمة، وسعى فيما بقي من نصف قيمته. ولو كاتب عبده فأدى بعض مال الكتابة، ثم عجز ثم كاته ثانياً لم يحسب له ما أدى أولاً إلى المولى.

والفرق أن عجزه لم يعده إلى الرق، بدليل أن ما يوجب إخراجه إلى الحرية بالسعاية باق وهو ثبوت العتق في نفسه، فكأنه لم يعجز، ولو لم يعجز بحسب له ذلك المولى، كذلك هذا.

وليس كذلك المكاتب، لأنه بالمعجز عاد إلى حالة الرق، بدليل جواز بيعه وتصفيره فيه، فكأنه لم يكن والأداء وقع على حكم ذلك العقد، فصار كأن العقد والأداء به يحزن ولو لم يكن ذلك لوحت السعاية في الجميع، كذلك هذا.

٢٨٨- رجل كاتب أمته، وعليها دين مولدت ولدًا، وأدت الكتابة، وعنت فللعماء أن يأخذوا المكاتب من السيد، ويضمنه قيمة الجارية، إن كانت أقل من الدين صمنوه، ويرجعون بفضل دينهم إن شاءوا على الأم، وإن شاءوا على الولد إلا أنهم لا يأخذون الولد بعد اعتق بأكثر من قيمة واحدة.

ولو ماتت المكاتب وترك ولدًا وعليها دين وكتابة يسعى الولد في جميع الديون. والفرق أن حق العماء معلق برقة الأم، وسرى إلى ربة الولد وتعلق بها، بدليل أنهم لو حضروا قبل الكتابة كان لهم أن يبيعوا الجارية والولد، والحق إذا تعلق بالركة بأن اعتقت الرقة لا يلزمه أكثر من قيمة واحدة، كما لو أعتق الرجل عبده في حال مرض وعليه دين مستغرق ولا مال له غيره، فإن العبد يسعى في قيمة نفسه فقط، كذلك هذا. وليس كذلك ولد المكاتب، لأن الحق لم يتعلق برقة الأم، لأنه لا يستحق بيعها فلم يثبت في ربة الولد، فثبت في ذمته والذمة تنسح للحقوق كلها، فجاز أن يسعى في الجميع.

٢٨٩- ذمي كاتب عبدًا له كافرًا على خمر فأسلم العبد فعليه قيمة الخمر. ولو اشترى ذمي من ذمي عبدًا بخمر ثم أسلم أو أسلم أحدهما بطل البيع. والفرق أن عقد الكتابة يعقد بالشيء وبقيمته، لأنه لو كاتب على حيوان فأتاه بالقيمة، أحبر على قبولها، وإذا جاز أن يتدئ العقد بالقيمة جاز أن يستسعى بها. وليس كذلك البيع، لأن عقد البيع لا يعقد بالشيء وبقيمته، لأنه لو باع شيئًا فأتى بقيمته لا يجبر على قبولها، فإذا لم يحز أن يتدئ عقد البيع بالقيمة لم يحز أن يستسعى بها.

٢٩٠- لا يجوز للمكاتب أن يتكفل، وإن أذن له المولى، والعبد والمحجور عليه إذا كمل بإذن المولى جاز.

والفرق أن المانع من جواز الكفالة عقد الكتابة لا حق المولى، بدليل أن المولى لو أقر عليه بكفالة لم يحز، والكتابة تبقى مع الإذن فقد بقي المانع من جوازه فلم يحز، كما لو مات رجل وعليه دين مستغرق وتركته فاعتق الورثة عبدًا من التركة فأجازوه للعماء فبزه لا يجوز، لأن المانع من جوازه وجوب الدين على الميت لا حق الغرماء والدين يبقى مع

أدبهم، بقي المانع من جوارزه فلم يجز، كذلك هذا.

وليس كذلك العبد، لأن المانع من جوار كماله حق المولى، لأنه لو أقر عليه بكفاه صح، وقد زال حقه بالإذن من المانع من جوارزه محار، كما قلنا في حق الأجنبي إذا كفل عن الأجنبي لا يشت له الرجوع عليه بغير أمره لحقه، فإذا أذن له فيه بقدر، كذلك هذا.

٢٩١- إذا قال المولى لرجل: إذا أدبت إلي ألفاً فما في بطن أمي حر، فأدى فوضعت لأقل من ستة أشهر عتق الولد، ورجع الدافع بماله على المولى وكذلك إذا قال رجل لآخر: أعتق عبدك على ألف أودي إليك، ففعل فإنه لا يستحق المال عليه، ويرد عليه إذا أخذ منه.

ولو قال رجل لآخر: طلق امرأتك على أن أدفع لك ألفاً ففعل استحق الألف، وإذا دفع لا يرجع على الزوج، وكذلك لو قال لولي الأم: اعف عن القاتل وعلي ألف أدفع إليك، ففعل استحق المال عليه.

والمرق أن منعمة العتق تحصل للمولى، وهو الثواب على الله تعالى والولاء يشت منه، فقد بذل له المال على فعل فعله لنفسه وحصلت منمته له فلا يصح الدل ويرجع بالمال عليه، كما لو قال لآخر: كل طعامك على أبي ضامن لك، أو اليس ثوبك على أبي ضامن لك ففعل، فإنه لا يستحق به شيئاً، كذلك هذا.

وليس كذلك الصلاق، لأنه لا منفعة للزوج في طلاق امرأته، وإنما يتضرر به، وكذلك في العفو عن دم العمد والمنفعة فيه للقاتل وفي الصلاق للمرأة، فقد بذل المال لفعل يفعله لغيره وتحصل منمته لغيره فجاز واستحق المال كما لو قال: تصدق على الفقراء بألف درهم على أبي ضامن لها، أو هب لفلان كذا على أبي ضامن له ففعل، فإنه يجوز ويكون المال عليه، كذلك هذا.

٢٩٢- إذا قال المكاتب: إذا أعتقت فقد أوصيت بثلث ملكي لفلان، فمات عن وفاء لم تجز وصيته. فإن أجاز ورثته بعد وصيته، فلهم أن يرجعوا فيه قبل أن يدعوه إلى الموصى له، وكذلك إذا أوصى رجل بمال غيره لفلان فأجاز مالكه فإن له أن يرجع عنه بعد الإجازة.

ولو أوصى الحر بأكثر من ثلث ماله لرجل، ومات وأجازوا الورثة، ثم أرادوا أن يرجعوا فيه لم يكن لهم ذلك.

والفرق أن في باب الحر إذا أوصى بأكثر من ثلثه فالتعقد وقع لنفسه، فأوجب أن يكون الملك فيه مستقفاً من جهته، لأن الملك له في حال الوصية إلا أنه قد امتنع بعاده

لحق الغير، فإذا زال حق العير بالإحارة بقي العقد واقعاً عنه، ولم يتغير بالإحارة، كالمدة إذا تزوج بغير إذن المولى، فإذا أجازته المولى وقع به العقد عن العدة، ولم يتغير بالإحارة كذلك هذا.

وأما في باب المكاتب فإن عقده لم يوجب أن يكون الملك مستفاداً من جهته، ولا أن يكون العقد واقعاً عنه، لأنه لا يملك ذلك المال، وكذلك إذا أوصى فصار ذمة مبتدأه وتبليكا مستقلاً من جهته فإن سلموه جاز وتم، وإن لم يسلموه بقي على خيارهم، كذلك هذا.

٢٩٢- إذا زوج المكاتب أمته من عبده لم يجر.

وإن زوج الحر أمته من عبده جاز.

والفرق أما لو جوزنا العقد لم يوجب المهر، لأنه يستحيل أن يجب له على عبده ضمان، فصار ذلك تبرعاً وتبرع المكاتب لا يجوز.

وأما إذا زوج الحر أمته من عبده فلو جوزنا العقد لم يوجب المهر، فصار متبرعاً، وتبرع الحر جائز.

٢٩٤- إذا عحر المكاتب أو مات كان ذلك عحراً على عبيده.

وموت الإمام الأعظم لا يوجب عزل خلفائه.

والفرق أنه بالعحر سقط أمره، وكذلك بالموت، وإذا سقط أمره سقط أمر من ينصرف من جهته، كالموكل إذا مات انعزل وكيله، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا مات الخليفة، لأنه يتصرف للمسلمين فصار توليه من جهة المسلمين وهم باقون فقد بقي من يتصرف هذا الوالي من جهته فبقي على ولايته.

٢٩٥- إذا كاتب أمته على أنه بالخيار، فولدت ثم أعتق الأم فهو فسخ للعقد ولا يعتق الولد معها. ولو كان الخيار للمكاتبة فأعتقها عتق الولد معها.

والفرق أنه إذا كان الخيار له فإن له نسخ العقد، لأن شرط الخيار له يمنع زوال ملكه، وهو فعل ما دل على الفسخ فلم يكن تميمًا للعقد، وصار فسخًا فافسخ العقد، وصار كما لو لم يكن، فكانها جارية له ولها ولد، فأعتقها فإنه لا يعتق ولدها معها، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كان الخيار لها فأعتقها، فهذا لا يمكن أن يجعل فسخًا للعقد، لأنه ليس له الفسخ إذا كان الخيار لها وإذا لم يكن فسخًا للعقد صار تميمًا للعقد الكتابة وتتميم عمد الكتابة يوجب أن يتبعها ولدها في العتق، كما لو أدت المال وعتقت به.

يقت ولدها معها، كذلك هذا.

٢٩٦- ليس للمكاتب أن يفاوض وللحر ذلك.

والفرق أن شركة المفاوضة تقتضي أن يكون كل واحد من المتفاوضين صنف من صاحبه بما يلحقه من ضمان، وضمن المكاتب لا يجوز، لأنه ترع.

وليس كذلك الحر، لأنه يصير صامًا وصامه جائر، ولأن المفاوضة تقتضي استوائهما في الضمان والتصرف، وهما لا يستويان في التصرف، لأن تصرف الحر يجوز في المفاوضات والتصرعات جميعًا، وتبرع المكاتب لا يجوز، وإذا لم يستويا في التصرف ثم يعقد الضمان بينهما بخلاف الحر.

٢٩٧- إذا والى رجل رجلًا ثم ولد له من امرأته ولد وقد والت رجلا مولاه الولد لمولى الأب، وكذلك إن كانت والت وهي حبي.

ولا يشبه هذا ولاء العتاقة والفرق أن ثبوت ولاء المولاة بالعقد، وعقدها لا يجوز على ولدها، لأنه لا ولاية لها عليه، فلم يجز عقدها عليه فلم يكتمل للولد ولاء بنفسه فكان إلحاقه بالأب أولى كالسب.

وليس كذلك ولاء العتاقة، لأن ثبوته بالعتق وهو بإعتاق الأم صار معتقًا للمعتنق، فثبت ولاءه من المعتنق، فصار له ولاء بنفسه فلم يتبع غيره، فكان مولى للمعتنق.

٢٩٨- المأذون إذا كاتب عبدًا بإذن المولى، ثم أعتقه مولاه، ثم أدى المكاتب الكتابة - عتق وولاه للمولى، ولا يجوز للعد المعتق الولاء.

ولو كاتب المكاتب عبدًا فأدى الأول وعتق، ثم أدى الثاني والأول حر فإن ولاءه له.

والفرق أن عقد المأذون وقع للمولى، لأنه تم بإذنه فكان المولى هو الذي كاتب بنفسه ثم أدى الكتابة، ولو كان كذلك كان الولاء للمولى، كذلك هذا.

وليس كذلك المكاتب، لأن العقد يقع له، لأنه لا يحتاج إلى إذن المولى، فإذا أذاه المكاتب الثاني وهو حر صار كأنه كاتبه وهو حر، ولو كان كذلك كان الولاء له، كذلك هذا.

٢٩٩- وللصبي أن يكاتب عبده بإذن أبيه أو وصيه.

وليس له أن يعتقه على مال. والفرق أن الكتابة عقد معاوضة يلحق النقص والفسخ فكان له أن يتولاه بإذن الأب، كالبيع.

وليس كذلك المعتق، لأنه لا يلحقه النقص والفسخ، وليس للأب أن يتولاه ولا

يحوز للصبي أيضاً أن يجعله ياذنه كالطلاق، ولأن في الكتابة أمن الضرر، لأنه لا يجوز إلا أن يؤدي فيعتق فيحصل له بدل الرقبة، أو يعجز ويعود رقيقاً كما كان، وإذا أمن الضرر فيه كان له أن يتولاه بإذن الأب، كالبيع.

وليس كذلك العتق على مال، لأنه لا يؤمن من الضرر فيه، لأنه يعتق في الحال، ويجوز أن لا يقدر على أداء المال فيتوى ذلك المال عليه، وإذا لم يؤمن الضرر به لم يجز، ولأن العتق تبرع فاشتراط المال المدل فيه لا يخرجه من جنسه كالطلاق والهبة، وتبرعه لا يجوز.

وليس كذلك الكتابة لأنها ليست بشرع فجاز أن ينعقد عقده.

٣٠٠- إذا قال المولى لمكاته: أبرأتك عن مال الكتابة، فقال: قد رددت عتق، ولم يرد عن هذا، ذكر عن أبي يوسف أن المال يكون ديناً عليه، ولم يرد عن محمد خلافه. ولو قال: أبرأتك عن نصف مال الكتابة، فقال: رددت، لا يعتق شيء منه.

وجه الفرق أن الإبراء لإيجاب حق، وليس فيه استيجاب، فلا يحتاج إلى القبول ويرتد بآراء كالأقرار فإذا أبراه سقط مال الكتابة عنه، وسقوط مال الكتابة عنه يوجب عتقه فإذا قال: رددت، بطل الإبراء برده كما لو رد الإقرار بعاد المال إليه كذلك ههنا، ووجوب الدين بعد وقوع العتق لا يوجب إبطاله، كما لو أدى مال الكتابة فوجده ريوفاً برده فإنه لا يطل العتق ويعود المال إليه كذلك هنا.

وليس كذلك إذا أبرأ عن نصفه، لأن البراءة عن بعض المال توجب سقوطه، فصار كالاستيفاء، ولو استوفى بعض مال الكتابة لم يعتق بشيء كذلك ههنا.

كتاب الأيمان والنذور والكفارات

٣٠١- إذا حلف على امرأته أن لا تخرج من الدار إلا أن يأذن لها، فخرجت مرة ياذنه ومرة بغير إذنه لم يحنث، ويكون بمسرة قوله حتى آذن. ولو قال: أنت طالق إلا أن يقدم ملا. كان ذلك بمعنى الشرط فإن قدم لم تطلق، وإلا طلقت.

والفرق أن قوله «إلا أن» يكون في كلام العرب بمعنى العاية كقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ١١٠]، وقد يكون بمعنى الشرط كقوله تعالى: ﴿لَا تَذْخَبُوا نِيَّتَ آسِيٍّ إِلَّا أَنْ يُوْذَرَ لَكُمْ﴾ [الأحراب: ٥٣]، بمعنى إن لم يؤذن لكم، فإذا احتمل أن يكون بمعنى الشرط، واحتمل أن يكون بمعنى الغاية كان في حمله على الشرط

منع لزوم حكمه في الحال، لأنه بصير كأنه قال: إن لم آذن لك فأت طالق إن خرجت من الدار، فيكون تعليق بمن بالشرط، واليمين المعلقة بالشرط لا يلزم إلا عند وجوده. كالجاء المعلق بالشرط، والرجل إما قصد بكلامه اللزوم في الظاهر فلا يصح لزومه، وفي حمله على العاية قصد تصحيحها لأن ضرب العايات في الإيمان يصح، ألا ترى أنه لو قال: إن دخلت الدار في شهر فأنت طالق صح، ويلزمه حكمه في الحال، فحمل على معنى العاية، فصار كأنه قال: إن خرجت من الدار حتى آذن لك فأت طالق، وإذا آذن لها مرة وجدت العاية فارتفعت اليمين.

وليس كذلك قوله: أنت طالق إلا أن يقدم فلان، لأن «إلا أب» يحتمل المعين. وفي حمله على العاية إلغاء، لأنه يكون توقيفًا لطلاق، والطلاق إذا وقت تأبد، فلا يصح التوقيت فيه فلا يحمل عليه، وفي حمله على معنى الشرط تصحيحه، لأنه يكون تعليق الطلاق بالشرط وتعليق الطلاق بالشرط يصح، فصار كأنه قال: أنت طالق إن لم يقدم فلان، فإن قدم وإلا طلقت.

٣٠٢- وإذا حلف لا يدخل بيتًا وهو فيه داخل فمكث أيامًا لا يحث.

ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو فيها ساكن، فأقام فيها حث^(١).

والعرق أن الدخول عبدة عن الانفصال من اخراج إلى الداخل والبقاء على الدخول لا يسمى دخولاً لأنه لا يقال دخلت الدار شهرًا فم يوجب ما نفاه بعقده، فلا يحث.

وليس كذلك السكنى، لأن البقاء على السكنى سكنى مبتدأ، بدليل أنه يصح أن يقول سكنت الدار شهرًا، فصار كالمتدئ سكنى بعد سكنى فوجب ما نفاه بعقده، فحث في يمينه.

٣٠٣- إذا حلف أن لا يذوق شرابًا وهو يعني النبيذ فأكله لم يحث.

ولو حلف لا يذوق لبنًا فأكله أو شربه حث.

والعرق أن الذوق يطلق ويراد به الشرب، قال الله تعالى: ﴿لَا يَذُوقُونَ فِيهَا بَرْدًا وَلَا شَرَابًا﴾ [النبا: ٢٤] والمراد به الشرب، ويطلق ويراد به الأكل يقال: ما ذقت اليوم طعامًا، أي ما أكلت اليوم شيئًا، فإذا بوى النبيذ انصرف إلى المعتاد منه، والمعتاد من النبيذ الشرب، فكانه صرح به، فإذا أكل لم يحث، وإذا بوى اللبن انصرف إلى المعتاد منه

(١) انظر المسبوط للشيباني (٢٦٤/٣) والسرغسي (١٧٠/٨).

والمعتاد منه أن اللسان يشرب تارة، ويؤكل أخرى، فإذا أكل أو شرب حث، لأنه فعل ما يقدره.

٣٠٤- إذا حلف أن لا يلبس هذا القميص فجعل منه قباء فلبسه لم يحث^(١).

ولو حلف لا يكلم هذا الشاب فصار شيخاً فكلمه يحث^(٢).

والفرق أن عقد اليمين لم يناول الصفة في مسألة الشاب، لأنه لا يتمتع من كلامه لكونه شاباً، وإنما امتنع من كلامه لأجل عيه، والعين باقية فإذا كلمه فقد وجد ما يقدره بعقده فحث.

وليس كذلك القميص لأن العقد وقع على الصفة، لأن الرجل يتمتع عن لسان القميص لكونه قميصاً، فإذا اتخذ منه قباء أزال تلك الصفة، والمقصود من كل واحد منهما غير ما في الآخر، فقد علق اليمين بصفة، وقد زالت وتبدل ذلك الاسم، وتجدد اسم آخر، فصار كما لو رأت العين وتجددت عين أخرى، ولو كان كذلك لم يحث كذلك هذا.

٣٠٥- إذا حلف لا يلبس ثوباً من غزل فلانة فلبس ثوباً من غزلها وغزل أخرى معاً لم يحث، وكذلك لو حلف ألا يركب دابة لفلان، فركب دابة مشتركة بين فلان وغيره لم يحث.

ولو حلف لا يأكل طعاماً اشتراه فلان فأكل طعاماً اشتراه فلان مع غيره حث. والفرق أن السفي ما يسمى ثوباً من غزل فلانة وبعض الثوب لا يسمى ثوباً، فلم يوجد ما يقدره فلم يحث، وكذلك المنقي ركوب دابة تنسب إلى فلان، وبعض الدابة لا يسمى دابة، فلم يوجد ما يقدره، فلم يحث.

وليس كذلك إذا قال: لا أأكل من طعام اشتراه فلان، لأن السفي أكل طعام عقد فلان عليه عقد الشراء، وبعض الطعام يسمى طعاماً، فوجد ما يقدره فحث.

٣٠٦- إذا حلف لا يلبس ثوباً وساء بعينه، فارتدى به أو ارتدى به حث.

ولو حلف لا يلبس قميصاً فارتدى بقميص، أو ارتدى به لم يحث.

وجه الفرق أنه عقد على ثوب موصوف غير معين، فاعتقد العقد بتلك الصفة، كما لو حلف لا يكلم شاباً فكلم شيخاً كان شاباً وقت بعينه لم يحث، وإذا اعتقد العقد

(١) نظر المبسوط للشيباني (٣/٣٢٧) وفناوى السعدي (١/٤٠١) وبنائع الصانع (٣/٦٩).

(٢) انظر المبسوط للشيباني (٣/٣٧١) وللسرخسي (٩/١٨).

بالصفة فاصرف بيمينه إلى المعتاد لیس، فإذا ارتدى به ولم يلمسه لیساً معتاداً، فم يحنث. وليس كذلك إذا قال: لا أليس هذا القميص، لأن العقد وقع على العين، وأما باقية الاسم باق فاصرف لعقد به دون الصفة، كما لو حلف لا يكلم هذا الشاب أحمد اليمين بالعين دون الصفة، كذلك هذا، فصار كأنه قال: لا أليس شيئاً، فإذا لیس حث، سواء لیس لیس القميص أو الإزار، كذلك هذا.

٣٠٧- إذا حلف لا يبيع ثوباً فأمر غيره حتى د، أو حلف لا يشتري فأمر غيره فاشترى لم يحنث.

ولو حلف لا يتزوج، فأمر غيره فزوجه امرأة حثت. والفرق أنه نفي عقداً يضاف إليه وتعلق حقوقه به، ألا ترى أنه لو باشره بنفسه حث لهذا المعنى، وحقوق العقد في باب الشراء تعلق بالعقد، ولا تعلق بمن وقع العقد له فلم يوجد بتلك الصفة فلا يحنث.

وليس كذلك النكاح، لأنه نفي عقداً يضاف إليه وتعلق حقوقه به، والوكيل في النكاح لا يضيف العقد إلى نفسه، وإنما يضيفه إلى الموكل، ولم تعلق حقوقه به، فوجد ما نهاه بعقده فحنث.

٣٠٨- غير السلطان ممن يتولى التصرف بنفسه إذا حلف لبصيرين حرّاً، فأمر غيره فصره لم يصر في يمينه.

ولو حلف لبصيرين عبده فأمر غيره فصره بر في يمينه. والفرق أن صرته للحر لا يصير له بالأمر، بدليل أنه لو مات من صرب الصارب لوجب ضمانه على الصارب دون الأمر، وإذا لم يقع صرته له لم يوجد شرط بره فحنث. وليس كذلك العبد، لأن صرب عبده يصير له بالأمر، بدليل أنه لو مات من صرته لا ضمان على الصارب، وإذا وقع فعله له فقد وجد شرط بره فلم يحنث في يمينه، وأما العاصي والسلطان فلا يباشران الضرب بأنفسهما، فالضرب نسب إلى الأمر، فدخل في الاسم فبر سواء كان عبداً أو حرّاً.

٣٠٩- إذا قال: أي علماني بشري بكذا فهو حر، فشره واحد ثم آخر عتق الأول دون الثاني^(١).

(١) انظر الحر (٢٤٥/٣) والسرط السرخسي (١٨٣/٨) والذائع (٦٣/٢) وشرح معتمد (٤٥٤/٣).

ولو قال: أي علماني أخبرني بكذا، فأخبره واحد، ثم آخر عتقا.
والفرق أن البشارة اسم للخبر السار الصدق الذي يقع به الاستشارة، وهذا المعنى يحصل من الأول دون الثاني، فلم يوجد شرط حثه في الثاني، فلا يحث.
وليس كذلك الإخبار، لأن الإخبار هو أن يطم بين الاسم والفعل كما يقال: قدم زيد وخرج عمرو، والإخبار يصح مع كون المخبر به، قال الله تعالى: ﴿أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هُنَّ لَكُمْ﴾ [لقرة: ٣١] وهو كان عالماً بأسمائهم فدل على أن الإخبار يصح مع كون المخبر به عالماً، فوحد في الثاني مثل ما وُجد في الأول فعتقا جميعاً.
٣١٠- إذا قال: والله لا أكلم مولاك، وله موليان أعلى وأسفل، فأبهما كلم حث.
ولو قال: أوصيت لمولاك، وله موليان أعلى وأسفل لم تصح الوصية على إحدى

الروايات

وافرق أن الأعلى والأسفل يدخلان تحت هذا الاسم والمقصود باليمين واحد منهما، وكل واحد يدخل تحت هذا اللفظ بمعنى يدخل الآخر تحته، فصار المقصود له بالعقد مجهولاً وهي كلام المجهول جائز كما لو قال: لا أكلم رجلاً من الناس.
وليس كذلك الوصية، لأن المقصود بالوصية للمولى الأعلى: المجارة والمكافأة، والوصية للأسفل: النعمة عليه، وهما معيان مختلفان فصار المقصود بالعقد مجهولاً، والوصية للمجهول لا تصح كما قال أوصيت بواحد من الناس فإنه لا يصح، كذلك هذا.
٣١١- إذا قال لأمة: إن باعك فلان فأنت حرة، فباعها من فلان، ثم اشترها منه لم تعتق.

ولو قال: إن اشتريتك فأنت حرة، فاشتراها لنفسه عتقت.
والفرق أن المالك أضاف عتقها إلى البيع، والبيع من فعل غيره، وفعل العير قد يقع لنفسه، ويقع لغيره، فيجوز أن يبيعها منه، ويجوز أن يبيعها من غيره فلم يكن مصيلاً العتق إلى ملكه فلم يعتق، كما لو قال لغيره: إن دخلت الدار فأنت حر، فاشتراه ودخلها لم يعتق، كذلك هذا.

وليس كذلك قوله: إن اشتريتك، لأنه أضاف العتق إلى فعل نفسه، وفعل الإنسان يقع لنفسه في الظاهر، فصار كأنه قال: إن اشتريتك لعسي فأنت حر، فإذا اشتراها لنفسه لزمه فقد أضاف العتق إلى فعل نفسه، فعتق.

٣١٢- رجل قال لعمه: أنت حر إن دخلت هذه الدار، فقال آخر: عني مثل ذلك إن دخل هذه الدار، فدخل الثاني لم يعتق عمه.

ولو أن رجلاً قال: عليّ سمة إن دخلت هذه الدار، فقال آخر: عليّ مثل بيتك إن دخلت هذه الدار، فهذا لازم للأول والثاني.

والفرق أن في المسألة الأولى اعتق عبده عند دخول الدار، ولم يوجب عتقاً في ذمته، والأول لو اشترى عبداً فأعتقه لم يبرأ من يمينه، ولو قلنا إنه يلزم الثاني يبرأ بأن يشتري عبداً فيعتقه، فلم يكن الثاني مثل الأول فلا يلزمه.

وليس كذلك الفصل الثاني، لأن الأول أوجب في ذمته عتق غير معين، والعتق ما يلزم بالنذر، والثاني أوجب مثل ما أوجه الأول، ولو أوجس في ذمته كان كمثل ما أوجه الأول، فجاء أن يلزمه.

٣١٣- وإن حلف لا يأكل حنطة فأكل حنطة فيها شعير أو شعيراً فيه حنطة حث.

ولو حلف لا يشتري حنطة فاشترى شعيراً فيه حبات حنطة لا يحث.

والفرق أن المقصود بيمينه أكل الحنطة والأكل فعل وبعض الفعل لا يكون تغاً للعض، وكل حبة منها تقصد بالأكل، فوجد ما نواه بعقده، فحث.

وليس كذلك الشراء لأن النمي المصد إلى العقد على الحنطة، والشراء قول يمنع بعض ما يتصممه بعضاً، والحنطة الواحدة في أثناء الشعير لا يقصد بالشراء، وإسا يدخل فيه تغاً، فلم يقصد الحبة بالشراء وإسا يدخل فيه تغاً، فلم يوجد ما نواه بعقده، فلا يحث في يمينه، كما لو حلف لا يشتري مسماراً فاشترى داراً عسى أبوابها مسمار لا يحث، كذلك هذا.

٣١٤- إذا حلف لا يشرب لبن هذه الشاة، فخلط لبس لبن صأن أو ماعز فشربه حث^(١).

ولو حلف لا يشرب لبن صأن فخلطه بلبن ماعز فإنه يطر إن كان الغالب لبس الماعز، فإذا شربه لم يحث، وإن كان الغلب لبس الصأن فإذا شربه حث.

والفرق أن يمينه وقع على اللبن، واختلاط لبس الماعز بلبن الصأن لا يسيبه اسم اللبن، فبقي الاسم عليه، فقد شرب اللبن المنقي مع غيره فحث في يمينه، كما لو قال: لا أكل هذا الثمر، فأكله مع غيره حث.

وليس كذلك إذا قال: لا أشرب لبس صأن، لأنه عقد على موصوف وهو إلا

(١) انظر شرح فتح القدير (٤٥٤/٣).

يشرب لبن الضأن واحتياط لبس الضأن ملس الماعز إذا غلب عليه يسله اسم لبس الضأن، لأن الاسم للعاب فلم يوجد المشروب بذلك الاسم، فلم يحث كما لو حلف لا يشرب ماء فشرب لبنًا فيه قطرة ماء لم يحث، كذلك هذا^(١).

٣١٥- إذا حلف لا يأكل لحم هذا الجزور اليوم فأكل بعضه حث.

ولو حلف لا يشتري لحم هذا الجزور فاشترى بعضه لم يحث.

والفرق أن أكل جميع لحم الجزور دفعة واحدة لا يمكنه، فانصرف إليه المتأني منه، وهو العصى، فإذا أكل العصى حث، كما لو قال: لا أتزوج النساء فتزوج واحدة حث.

وليس كذلك الشراء، لأن لحم الجزور مما يمكن استيعابه بالشراء فانعقد العقد بحقيقته فلا يحث بوجود بعضه كما لو قال: لا أشرب ماء هذا الكوز، فشرب بعضه لم يحث، كذلك هذا.

٣١٦- ولو قال: لا آكل من هذين الرغيفين، فأكل أحدهما حث.

ولو قال: لا أشتري من هذين الرجلين، فاشترى من أحدهما لا يحث.

والفرق أن من تكون للتبعض وتكون لابتداء الغاية ولا يمكن حملها في الشراء على التبعض لأن البتاع لا يتبعض، فلم يبق إلا أن يحمل على ابتداء الغاية، فيجب أن يلاقي شراء إياهما، فإذا اشترى من أحدهما لم يحث.

وليس كذلك في الرغبة، لأن حمل من عني التبعض ممكن، إذ الرغبة مما يتبعض فلا ضرورة بها إلى أن نحمله على ابتداء الغاية، فحملناه على التبعض، فإذا أكل أحدهما فقد أكل بعضهما فحث.

٣١٧- إذا قال: أول عبد يملكه فهو حر، فملك عبدًا ونصفًا عتق العبد.

ولو قال: أول كر يملكه فهو صدقة، فملك كرا ونصفًا لم يلزمه شيء.

والفرق أن الأول اسم للسائق المنعرد ونصف العبد لا يسمى عبدًا، والواحد يسمى عبدًا، فهذا الواحد أول عبد ولم يشاركه ما يخرج عنه أن يكون عبدًا، لأن نصف العبد لا يسمى عبدًا فحث في يمنه.

وليس كذلك الكر، لأن الكر منه لا يسمى أولاً حقيقة، بدليل أنه لو عزل نصمه منه وضم إليه النصف الزائد سمي الجميع كرا، فلم يكن هذا أول في جميع الأحوال، لجوار

(١) انظر بدائع الصائغ (٢٦/٣).

إن يضيف ذلك الصف إلى صف هذا، ويعزل صف هذا فيصير صف هذا ثابتاً ووصف للأول وإذا لم يدخل في اسم أنه أول كر لم يحث.

٣١٨- إذا قال: إن شئتكم في المسجد فعدي حر، شتمه والخالف في المسجد، والمخلف عليه خارج المسجد حث^(١).

ولو قال: إن صرنتك في المسجد فعدي حر، فصره والخالف في المسجد والمخلف عليه خارج المسجد حين صر به لم يحث.

وأنفر أن الشتم قول، والقول على العاقد دون المعقود عليه فدخل في اسم أنه شتمه في المسجد، ألا ترى أنه يقال ذكر الله تعالى في المسجد وصلى على النبي ﷺ فيه، وإن لم يكن النبي في المسجد، فدخل في الاسم فحث.

وليس كذلك الضرب، لأن الضرب فعل، والفعل على المفعول به، فإن صر به والمضروب خارج المسجد لم يوجد الفعل الذي نفاه باليمين وهو صر به في المسجد فلم يحث والضارب وإن صر به وهو في المسجد وجد الفعل الذي نفاه في المسجد فحث.

٣١٩- إذا قال: إن قتلتك يوم الجمعة فعدي حر، فصره بعد اليمين يوم الخميس ومات يوم الجمعة حث.

ولو كان صر به قبل اليمين ثم مات يوم الجمعة لم يحث.

والفرق أن المنفي وجود فعل يصير به قاتلاً يوم الجمعة بعد يمينه، فإذا صر به يوم الخميس، ومات يوم الجمعة بعد يمينه فقد وجد ما نفاه فيحث.

وليس كذلك إذا وجد الضرب قبل اليمين، لأن المنفي وجود فعل يحصل به تقويت الروح يوم الجمعة بعقده فلا يحث في يمينه.

٣٢٠- ولو أن رجلاً نظر إلى كر حنطة وألف درهم في يدي رجل آخر فقال: إن

بعثك عدي هذه الألف وهذا الكر فهما صدقة للمساكين، فباع عبده بهما، ودفعهما إلى البائع، وقبض المشتري منه العبد فإن البائع يتصدق بالكر، ولا يتصدق بالدرهم.

وأنفر أنه عند البيع أوجب التصديق بتلك الحنطة، ولم يوجب التصديق بالدرهم لأن الدرهم لا تتعين في العقد، فقد أضاف الصدقة في الحنطة إلى الملك، ولم يصف إلى الدرهم، فوجب التصديق بالكر دون الدرهم.

(١) انظر البداية (ص ١٠٤) والهداية (٩٥/٢). والبسوط (٥٢/٩، ٥٩) ولسان الحكمة (ص ٢٩٤) والبدائع (٥١/٧).

فإن قيل إن لم يقع البيع بالدراهم وجب أن لا يحث، لأنه لم يوجد كمال شرط

الحث.

قلت: إن العقد بالدراهم هو تسميتها في العقد، لأنه لا يقدر على أن يعقد عقداً على عين الدراهم، فيملكها بنفس العقد، ويقدر على أن يضيف العقد إليهما، فانصرف يمينه إلى الممكن المتأني، فكأنه قال: إن بعث الكر وسميت الدراهم في العقد فله على أن أتصدق بها، فيلزمه التصديق بالكر دون الدراهم، كذلك هذا.

٣٢١- وإذا تزوجها على وصيف أو ثوب بغير عينه، ثم قبلت ابن زوجها بشهوة أو ارتدت عن الإسلام لم يقبض من المهر شيئاً فإنه لا يلزمها التصديق بشيء.

ولو كان المهر مكيلاً أو موزوناً بغير عينها وقبضه لزمها التصديق بها.

والفرق أنها قصت الوصيف على وجه الاستيفاء والقض على وجه الاستيفاء يكون قصاً مضموناً، فقد ملكته على وجه انضمام، والزوج قصد تملكها، وتملك الحيوان على وجه الضمان، فوجب أن يكون مضموناً بالقيمة وأن تكون العين أعدل من القيمة إذا قدر على العين، ألا ترى أنه لو أقرضه ثوباً أو عبداً كان قرصاً مضموناً على القابض بالقيمة وإن قدر على رد العين، كان رد العين أعدل من القيمة، فوجب عليها رد عين الوصيف وعين الثوب فقد استحق عليها عين ما أوجبت التصديق به بغير فعلها فصار كالنصف، فلا يلزمها شيء.

وأما في المكيل والموزون فتتمليك المكيل والموزون على وجه الضمان يوجب أن يكون مضموناً بمثله، وأن يكون القابض بالخيار إن شاء رد عينه، وإن شاء رد قيمته كما لو أقرضه مكيلاً أو موزوناً فلم يكن العين أعدل من المثل عند القدرة فلم يستحق الزوج عليها عين ما قبضته، وإنما لحقها دين والحقوق دين إياها مثل ما وجبت الصدقة فيه لا يسقط الصدقة، فلمها التصديق.

ووجه آخر إن لو لم يعين الحيوان بالعقد لجعلناه مضموناً بمثله، والحيوان لا يمكن أن يجعل مضموناً بمثله، فجعل استيفاء لعين المعقود عليه كما لو كان مضموناً بنفسه، وما ملك بتضمن نفسه كان عبه أعدل من قيمته، كالبيع بيعاً فاسداً.

وفي السكيل لو لم يعيه جعلناه مضموناً بمثله، ويجوز أن يكون مضموناً بمثله، لأن له مثلاً من حسه، فكأن هو ومثله سواء، فلم يجعل استيفاء لعين المعقود عليه، ولا يلزم على هذا لو عصب حصة فإنها ما دامت قائمة وجب عليه رد عينها، لأنه لم يوجد فيها ضليك، فصار مضموناً بالقض.

٣٢٢- إذا قال الرجل لآخر: والله لا أكلمك يوماً ولا يومين، فكلمه في اليوم الثالث لم يحسب، وإن كلمه في اليوم الأول والثاني حسب.

وإن قال: لا أكلمك يوماً ويومين، فكلمه في اليوم الثالث حسب.

والفرق أنه أعاد حرف التمي على كل واحد من العقدين، فصار كل واحد منهما ممرذاً بالمعل، كقوله تعالى ﴿لَا يَذُوقُونَ فِيهَا بَرْدًا وَلَا شَرَابًا﴾ [النبا: ٢٤] وقوله ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا﴾ [الواقعة: ٢٥]، ويقول: ما أكلت حرّاً ولا حنماً أنرد كل واحد بانفي فكأنه قال: والله لا أكلمك يوماً، ثم قال: والله لا أكلمك يومين ومدة اليمين تراعى من حين العقد، والعقدان وجداً في يوم واحد، فصارت مدة الأولى والثانية من حين حلف وانقضاء مدة اليمين بمضي اليوم الثاني، فلا يحسب بما وراءه.

وليس كذلك إذا قال: يوماً ويومين، لأنه عطف اليومين على الواحد بحرف الجمع ولا يكون كالمفرد كل واحد منهما بالفي، مكان بالكلام حائفاً.

٣٢٣- لو أن رجلاً قال: عبدي حر إن فارقك حتى أستوفي مالي عليك، وله عليه مائة درهم فأوفاه مائة درهم، ثم افترقا فوجدتها زيوتاً أو بهرجة أو استحقت من يده فقد استوفاهما وير في يمينه.

وإن وجدتها ستوقاً أو رصاصاً حسب. وانفرد أن الزبوف من جنس الدراهم، وهو ما زيفه بيت المال، ولو تجوز به جاز، وكذلك البهرجة والمستحق يدخلان في القضاء، بدليل أن صاحبه لو تجوز به يجوز فدخل في اسم الاستيفاء، وإنما ينص من نقد بغير في يمينه. وأما الستوق أو الرصاص ليس من جنس الدراهم، بدليل أنه لو تجوز به لم يجر، فلم يدخل في اسم الاستيفاء فصار كما لو افترقا من غير قض.

٣٢٤- إذا قال: إن ملكك عبداً فهو حر، فاشتري نصف عبد ثم باعه، ثم اشترى النصف الآخر لم يعتق، ولو قال: إن اشتريت عبداً فهو حر، فاشتري نصف عبد ثم باعه ثم اشترى النصف الآخر فإن النصف الباقي يعتق.

ولو أشار إلى عبد وقال: إن ملكتك أو اشتريتك فأنت حر، فملك نصفه وباعه أو اشترى نصفه وباعه، ثم اشترى النصف الباقي حسب.

والفرق أن هذا حكم علق بملك عبد بغير عنه، فانصرف إلى اجتماع الملك لاستعمال اللفظ وحرمان العرف والعادة والدليل عليه قول النبي عليه السلام: «أدوا عن كل حر وعبد نصف صاع من بر»، ثم يصرف ذلك إلى عبد كامل بجميع الملك فيه. وكذلك يقال: أكلت رغيفين وملكيت مائتي درهم، ويراد به اجتماع الملك فيه، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: إن اشتريت، لأن الشراء لا يبيى على تملك الحواري
يشترى لغيره فلا يفيد اجتماع المالك فيه عرفاً وعادة، فانهقد العقد بحقيقته.
وليس كذلك إذا عين، لأن العادة لم تنجر بأنه يستعمل ملك الغير، والمراد به
اجتماع الملك، فلا يراعى فيه العرف، وإنما يراعى الحقيقة إلى أن يوجد عرف بحصه ولم
يوجد في الأعيان عرف، فبقي على حقيقته، الدليل عليه لو قال: إن لبست هذا القميص
فصدي حر فأنزرت به، فإنه يحث، ولا يراعى العرف، ولو قال: إن لبست قميصاً فأنزرت
بقميص لا يحث لهذا المعنى، كذلك هذا.

٣٢٥- إذا قال: عبده حر إن باع هذا الشيء منك بعشرة حتى تريده، مراده ديناراً
أو ثوباً أو شيئاً غير الدراهم - لم يحث، وإن باعه بتسعة لا يحث.
ولو قل: عبده حر إن باعه بعشرة إلا بزيادة فباعه بتسعة حث.

والفرق أن «حتى» إذا قرن بالنفي لا يقتضي التعميم من غير ما قرن به، بدليل أنه
لو قال لامرأته: إن دخلت الدار حتى أذن لك فأنت طالق، فدخلت مرة بإذنه ومرة بغير
إذنه لا تطلق، والمقرون ههنا العقد بعشرة فلا يدخل فيه العقد بتسعة.

وليس كذلك إذا قال: إلا بزيادة، لأن إذا قرن بالنفي يقتضي تعميم غير ما قرن
به، بدليل أنه لو قال لامرأته: إن دخلت الدار إلا بإذني فأنت طالق، فدخلت بإذنه مرة، ثم
دخلت بعد ذلك بغير إذنه فإنها تطلق، فصار نافيّاً كل عقد إلا بزيادة على العشرة، فإذا
باعه بتسعة لم توجد الزيادة على العشرة فحث في يمينه.

٣٢٦- إذا قال: إن تزوجت امرأة فما له صدقة، أو صليت فما له صدقة، فتزوج
امرأة نكاحاً فاسداً وصلى بغير طهارة لم يحث.

ولو تدبر الكلام تديراً فقال: إن كنت تزوجت أو كنت صليت، وقد كان تزوج
امرأة نكاحاً فاسداً أو صلى بغير طهارة حث.

والفرق أن قوله: إن كنت صليت أو كنت تزوجت إخبار والإخبار يقتضي المعبر
بحصول الاسم له، واسم النكاح يحصل بالماسد والجائز جميعاً، وكذلك اسم الصلاة
يحصل ببحث.

وليس كذلك المستقبل، لأنه يحتاج إلى تحصيل فعل فيحتر مقصوده، والمقصود
بالنكاح إباحة البضع، وذاك لا يحصل بالفاسد، فلا يحث وفي الماضي لا يحتاج إلى
تحصيل مقصوده، لأنه يستحيل أن يقصد خطراً وإباحة في وقت ماضٍ، إذ لا يعود إلا
بفعل في وقت ماضٍ فحعل الفاسد والصحيح فيه سواء.

كتاب الحدود

٣٢٧- إذا شهد الشهود على رجل بالزنى حس المشهود عليه إلى أن تركى الشهود^(١).

ولو شهد الشهود بماله لا يحس قبل التزكية

والفرق أنه وجد ما يوجب الحكم، بدليل أنه لو أدى اجتهاد الحاكم إلى أنهم عدول جاز له أن يقيم عليه الحد، إذا وجد ما يوجب الحكم، إلا أنه يجب الاحتياط في إمضائه لجواز أن لا يعدلوا، فلا يخلو إما أن يخلى سبيله، أو يكفل، أو يحبس، ولا يجوز أن يخلى سبيله لأنه لا يؤمن أن يهرب قيل الحدود، ولا يجوز أن يكفل، لأن الكفالة في باب الحدود لا تجوز فلم يكن بد من الحبس.

وليس كذلك في باب الأموال، لأنه يجوز أخذ الكفالة في باب الأموال، وقد وجدنا ما يوجب الحكم، محاذ أن يؤخذ الكفيل احتياطاً ولا يحس.

والفرق أن الحبس في الحدود لا يكون إمضاء للحكم، لأنه إذا وجدت الشهادة والتركة أقسم عليه الحد، ولا يقتصر على الحبس فلم يكن الحبس إمضاء للحد، وإنما هو استباق محاذ.

وليس كذلك في الأموال، لأن الحبس في باب الأموال إمضاء للحكم، لأن القاضي بعد ظهور العدالة، ونظام الشهادة لا يزيد على الحبس، وإمضاء الحكم قبل التزكية لا يجوز.

٣٢٨- أربعة شهدوا على رجل بالزنى، فسأهم القاضي عن ماهيته فقالوا: لا نزيدك على هذا، لم تقل شهادتهم، ولا حد عليهم وكذلك لو وصفه بعضهم دون بعض. ولو شهد ثلاثة بالزنى ووصفوه وقال الرابع: أشهد أنه زان، فسئل عن صفته فلم يصفه وجب الحد.

والفرق أنه يجوز أنهم لو فسروا إما يوجب الحد عليه، ولا يجب عليهم ويجوز بخلاف ذلك، فالإتفاق على الشهادة بالزنى وجد، والخلاف ممكن فلا يبطل المتعين به بالممكن.

وليس كذلك إذا شهد ثلاثة أولاً، ووصفوا ولم يصف الرابع، لأن الخلاف قد طهر، ويجوز أن يفسر الرابع، ويجوز أن لا يفسر فلا يبطل الظاهر بخلاف الممكن

(١) انظر المبسوط للسرحدي (٨٢/٩، ٨٤).

كالعدالة الطاهرة لا تبطل بفسق ممكن.

٣٢٩- ويجرد في سائر الحدود فيضرب. وفي حد القذف يضرب، وعليه ثيابه.
والفرق أنا نيقا أنه باشر فعل المحرم، هو حب أن يباشر حبله الأدنى. وفي حد
القذف لا يعم أنه باشر المحرم لحوازه أن يكون صادقاً، فحاز أن لا يباشر إيلام حبله
بالضرب.

٣٣٠- الناس أحرار إلا في أربعة أشياء: في الشهادة والقصاص والحدود والعقل.
وصورتها إذا شهدوا بمال على رجل فقال الشهود عليه: هم عبيد، فالقول قوله حتى
تقوم البيئة على حرية الشهود.

ولو قذف رجل رجلاً، ثم قال القاذف: أنا عبد فحدني حد العبيد، أو المذدوف
عبد فلا حد علي، فالقول قوله ما لم يقيم البيئة على حرته أو حرية المذدوف.
ولو قطع رجل يد رجل، فقال القاطع: أنا عبد أو المقتطوع يده يده عبد، فلا
يحرى بينا القصاص، فالقول قوله ما لم يقيم البيئة على حرته أو حرية المقتطوع يده.
وإذا قتل رجل رجلاً خطأ فقل القاتل: أنا حر، والدية على العاقلة، وقالت العاقلة:
بل هو عبد، فالضمان عليه، فإن القول قول العاقلة، أنه عبد ما لم يقيم البيئة على حرته
وأما في سائر المواضع فهم أحرار.

والفرق بين هذه المسائل أن الظاهر في الناس الحرية، بدليل أن من ادعى على رجل
الرق لم يقل قوله حتى يقيم البيئة على الرق، فدل على أن الظاهر في الناس الحرية،
والظاهر لا يستحق إلا بحجة، ولا يستحق بها حق على الغير والدليل عليه أنه لو كانت
دار في رجل فحاء آخر وادعى أنها له لم يقل قوله إلا بيينة، ثم لو بيعت دار بحجب هذه
الدار فحاء صاحب اليد وطلب الشمعة بها لا تجب الشمعة، فدل أن الظواهر لا يستحق
بها حقاً على الغير، ففي هذه المسائل لو جعلنا القول قول من يدعي الحرية لأدى إلى أن
يستحق بالظاهر حقاً على الغير، أما على المشهود عليه المال، أو الدية على العاقلة أو
القصاص أو حد القذف، وهذا لا يجوز.

وأما في سائر المواضع بخلافه نحو أن يدعي رجل أنه حر فحاء آخر وقال: أنت
عبيدي، فالقول قوله أنه حر، لأن لو جعلناه عبداً يكون في يده لا يستحق الظاهر بغير
حجة، وهذا لا يجوز فجعل حرّاً وكذلك في سائر المواضع في نظائره.

٣٣١- إذا شهد أربعة على رجل بالزنى والإحصان، فركوا ثم رجم المشهود عليه،
ثم وجد أحدهم عبداً قل: لا حد على الشهود ولا ضمان.

ولو شهدوا فرحم ثم رجع واحد حذوا.

وحه الفرق أنه لما تبين أن أحدهم كان عبداً، فلم يكن ذلك شهادة، لأن أحد لا شهادة له، فصار قوهم في ذلك الوقت فذفاً، فقد قذبوا ومات المقدوف مسقط عليه الحد.

وليس كذلك الرجوع، لأن شهادتهم كانت في ذلك الوقت شهادة، إذ شهادة الحر شهادة، فإذا رجع واحد منهم، صار الآخر فاذفاً، فقد قذبوا ميتاً ومن فذف ميتاً وجب عليه الحد.

٣٣٢- إذا ادعى المشهود عليه أن الشاهد محدود في فذف فأراد أن يقيم على ذلك بينة أمهله القاضي ما بينه وبين أن يقوم من مجلسه ولو ادعى أن الشهود فساق فأراد أن يقيم البينة لم تقبل بيته.

والفرق أن المحدود في القذف ليس من أهل الشهادة، بدليل أن قاضياً لو قضى بشهادة قبل التوبة لم يجز فهو يبين بيته إن ما أقيم لم يكن شهادة، إذ شهادة المحدود في القذف لا تقبل، فكان مخلصاً وإذا ادعى مخلصاً وبينه بالبينة تقبل.

وليس كذلك المسوق، لأن المسوق لا يخرج من أهلية الشهادة، بدليل أن قاضياً لو قضى بشهادة الفساق فإنما لم نقض قضاؤه، فلم يدع مخلصاً وإنما طعن في الشاهد والطعن شرع سرّاً فإذا أتى به جبراً لم يقع موقعه، كما أن الشهادة شرعت جبراً فإذا أتى بها سرّاً لم تقع موقعها، كذا هذا.

٣٣٣- إذا زنت للرجل غير امرأته فوطئها، فلا حد عليه وبثت النسب معه. ولو زنى بامرأة وجدها على فراشه أو في داره، ثم قال: طننت أنها امرأتي فعليه الحد.

والفرق أنها سلمت إليه على حكم العقد، والتسليم على حكم العقد بوجب حقاً في العين كالتسليم على حكم العقد الفاسد، فقد وطئها وله حق في عيها ثبت النسب ولا يجب الحد كالأب إذا استولد جارية ابنه، وكأحد الشريكين.

وأما إذا وجدها على فراشه أو في داره فهي غير مسلمة إليه على حكم العقد، ويمكنه أن يميز امرأته من غيرها بالتمريق فقد وطئها ولا حق له فيها، فكان ربي وقال النبي عليه السلام: «الولد لفراش وللعاشر الحجر».

٣٣٤- إذا شهد الشهود على رجل أنه زنى بامرأة ولم يعرفوها فلا حد عليه. ولو أقر أنه زنى بامرأة غير معروفة فعليه الحد. والفرق أن الشاهد على فعل غيره، فإذا شهدوا أنه زنى بامرأة غير معروفة فيجوز

أنه زنى بامرأة غير موجب للحد كالجارية المشتركة، ويجوز أن يكون رى بامرأة يوجب الحد، فلا يوجب الحد بالشك.

وليس كذلك الإقرار، لأنه حكى فعل فعله، فلا يقع له الغلط في فعل نفسه، وإذا أقر بالزنى فالظاهر أنه زنى بامرأة رضى موجباً للحد فلم يمه.

٣٣٥- أربعة شهدوا وهم فساق على رجل بالزنى فلا حد عليهم، ولا عليه. وإن كانوا عميًّا أو عبثًا أو محدودين في القذف فعليه الحد، ولا حد عليه.

والفرق أن طهر حال المسلمين العدالة، بدليل قول النبي عليه السلام: «المسلمون عدول بعضهم على بعض»^(١) والفسق يعرف بالاجتهاد وغالب الظن، لأنه كما ارتكبت المحظور يجوز أنه بدم فتاب، ولم يخرج عنه الحد لبقاء شهادة نفسه من أهل العدالة، بقي من أهل الشهادة فدرئ عنه الحد لبقاء شهادته، ولا يحد المشهود عليه للثبته.

وليس كذلك الأعمى لأن صحة الشهادة بالزنى بالطرق، وهو ليس من أهل الشهادة فيه، وكذلك العبد ليس من أهل الشهادة، لأن الكاح لا ينعقد بشهادته، وأما المحدود في القذف فليس من أهل الشهادة بدليل قوله عليه السلام «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودًا حد في الإسلام أو ظنيًّا في ولاء أو قرابة»^(٢) ولأن القاضي بإقامة الحد أنطل شهادته فصار كالعد.

فإن قيل: أليس لو قضى قاض بجواز شهادته جاز، فلم لا يجعل كالفاسق.

قلنا: ليس هو من أهل الشهادة، إلا أن القاضي لما قبل شهادته فقد جعل له شهادة وللقاضى أن يجعل ما ليس بشهادة شهادة، فحصل له شهادة ابتداء كما أن له أن يجعل ما ليس بعقد عقدًا، لأن قبول الشهادات داخل تحت ولايته كالعقود سواء.

فإن قيل: أليس ينعقد الكاح بشهادة الفاسقين والمحدودين، فإذا انعقد التكاح بشهادته دل على أنه من أهل الشهادة.

قلنا: ليس هذا من أهل الشهادة المقولة فيصير قوله: أشهد أنه زان قذفًا لا شهادة، وفي الكاح لا يشترط فعل من جهته، ويجوز ألا يكون من أهل الشهادة المقولة ويعقد الكاح بحضوره كما لو حضر ابنه وأنها.

٣٣٦- إذا قذف إنسان إنسانًا فقال: أنت زان أو زناة؛ حد، ولا يسأل عن

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٢٥/٤) والدارقطني (٢٠٦/٢) والبيهقي في الكرى (١٠/١٩٧) وأبو الدرداء في تخریج أحاديث الهداية (١٧١/٢، ١٧٢).

(٢) تقدم قريباً.

كقيمته. ولو أقر بالربى فقال: زبيت، مثل عن كقيمته.

والمرق أن الشرع ورد بالاستعمار في الإقرار، بدليل ما روي عن النبي عليه السلام: أنه قال لماعز: «لعلك قبلتها، لعلك لمستها» فقال: لا، حتى وضعه، وفي القذف لم يرد الشرع بالاستعمار فقي على أصله.

وجه آخر أن في باب القذف اقترن به ما دل على أنه أراد به صريح الرى، لأنه إما أراد به السب والشتيم، وهذا لا يحصل إلا بصريح الرى، فصار كأنه فسر مصرح. وليس كذلك الإقرار، لأنه حكى فعل نفسه ولم يقترن به ما دل على أنه أراد به الزنى فلذلك شرط السؤال، ولأن حد القذف من حقوق الأدمين فلا يحتال في درته بخلاف ما إذا كان خالص حق الله تعالى.

٣٣٧- إذا قال: زبيت في دار الحرب فلا حد عليه.

وإذا قال لآخر: زبيت في دار الحرب فعليه حد القذف.

والمرق أنه أقر بفعل نفسه وأضافه إلى حالة عرفت ولو وجد في تلك الحالة لم يلزمه الحد الآن، لتقادم العهد فكذلك إذا أصابه إليه كما لو قال: زبيت وأما مجنون.

وليس كذلك إذا قال لأحد: زبيت لأنه حكى الفعل عن غيره وأضافه إلى حال عرف وهو كونه في دار الحرب، وما يوجد في تلك الحالة يكون زنى، ويجب به الحد إلا أنه لا يمكن استيفاءه، لأنه لا بد للإمام عليه فقد غيره بذلك القول ولزمه حد القذف.

٣٣٨- وإذا وجب على المريض حد من الحدود في سرقة أو شرب حمر حرس حتى يبرأ.

وفي الزنا إذا كان محصناً يجرم في الحال وإذا كان غير محصن حبس حتى يبرأ ثم يجلد.

والمرق: أن صربه في الحال يؤدي إلى إتلافه وهو لم يفعل ما يستحق به التلف. بخلاف مسألة الرجم لأنه استحق التلف، وفي صربه إعانة له على التلف، فجاز أن يقام عليه الحد.

٣٣٩- إذا وطئ حارية ولد ولده لم يثبت نسبه من الجدة، ولا حد عليه إذا كان الأب حياً. وإذا كان ميتاً وادعاه الجدة ثبت نسبه منه.

والمرق أن دعوى الاستيلاء إما يفقد لولاية نائمة في حال الصغر مستمناً إلى ما بعد البلوغ، كولاية المال، فلو أثبتنا النسب منه وصححنا دعواه لفقدنا قوله على الولد، وفي تعبد قوله على الولد جعل الولاية له عليه ولا ولاية للجدة، مع بقاء الأب، فلم يعد قوله

عليه فلم ينتقل المنك في الجارية إليه ولم تصر أم ولد له، وصار كما لو كان معنوماً.
وأما إذا كان الأب ميتاً فله ولاية عليه فحار أن ينفذ قوله عليه فصار نافلاً ملكه إلى نفسه، وهو قادر عليه، كما لو باعها من نفسه وهو صغير.

٣٤٠- لا يقام حد الرني على الآخرس سواء أقر بالرني أو شهدوا عليه وكذلك سائر الحدود. ويقام عليه القصاص استحساناً^(١).

والفرق أن الآخرس لا يقدر على إشارة يقع الفصل بها بين وطء يوجب الحد ووطء غير موجب للحد، لأن أقصى ما يقدر عليه أن يشير إلى وطء حرام فصار كالناطق إذا قال: وطئت حراماً، ولو قال ذلك لا حد عليه، كذا هما، ولأن إشارته قائمة مقام النطق، وما أقيم مقام الغير لا يوجب إثبات الرني به، كالشهادة على الشهادة، وكذلك لا يجب بالشهادة، لأن الشهادة لا تصح إلا بالإنكار وإنكاره أقيم مقام الغير فلو استوفينا الحد لاستوفيناه بإقرار أقيم مقام الغير وهذا لا يجوز، ولأن الآخرس لا يسمع ما يشهدون به عليه فصار كالعائب ولأنه يجوز أن لو قدر على النطق لادعى شبهة، وعجزه عن الكلام يسمعه من ذلك فصار ذلك شبهة وحد الرني والسرقة وغيره يسقط بالشبهة ويحتال في إبطاله بدليل الأخبار الواردة فيه.

وليس كذلك القصاص، لأن الخرس صار شبهة على ما بينا والقصاص حق الأدمي، ولا يحتال في إبطاله وإسقاطه، ولا يطل بالشبهة الممكنة، بدليل أنه لو أقر بالقصاص، ثم رجع لا يطل بالقصاص، ولو أقر بالرني ثم رجع سقط الحد فافترقا من هذا الوجه.

٣٤١- إذا زنى الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه.

ولو قتل إسائناً فعليه القصاص والفرق أنه إذا زنى فقد فسق، فانعزل على إحدى الروايتين فقد زنى ولا يد للإمام عليه، فثار كما لو زنى في دار الحرب وعلى الرواية الأخرى لا يعزل ولكن يعزل، فلو أوجينا الحد عليه لأوجنتا له على نفسه، ولأن الحدود استيفؤها إلى السلطان، ويستحيل أن يستوفي الحق من نفسه بنفسه فلا يمكن الاستيعاء بسقط الحد.

وليس كذلك القصاص، لأنه فسق بقتله فانعزل، والقصاص لا يحتاج في استيفائه إلى الإمام، بدليل أن الولي لو قتله بغير إذن الإمام، لا يلزمه شيء فقتله لا يؤثر فيه، فوجب استيعاؤه منه كالديون.

(١) انظر البحر الرائق (٢٨/٥).

٣٤٢- إذا فدف الميت فلولده ووالده وجده أن يأخذوا بالحد.

ولا يجوز لأخيه أن يأخذ بالحد.

والفرق أنه بقذف الميت صار طاعناً في نسب ولده، لأنه يقول أنه يـ...
يتصل نسك ويقول لحد لا يشت نسب جعلتك منه فقد عبره بهذا القول، معص في
نسبه، فله أن يطاله بالحد.

وليس كذلك الأخ، لأن نسب الأخ لا يرجع إلى أخيه، فلم يضر طاعن في نسب
فلا يكون له حق الطلب كالأخ.

فإن قيل: لو كان طاعناً في نسب هؤلاء لوجب أن يكون لهم اطلب حال حياته.
فتنا: إذا كان حياً لا تلحقهم معرة هذا القول فكان المقصود هو دونهم.

٣٤٣- إذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها فدفه إنسان فلا حد على القاذف.

وإن اشترى جارية شراء فاسداً ووطئها فدفه إنسان فعليه الحد.

والفرق أن الشراء الفاسد إذا اتصل به القبض أفاد الملك، بدليل أنه ثبت أحكام
الملك فيه، لأنه لو اعتقه أو باعه حاز فصادف ووطؤه ملكه فحد قاذفه، وإن كان الوطء
حراناً كما لو وطئ امرأته وهي حائض أو صائم عن العرض.

وليس كذلك النكاح الفاسد، لأنه لا يفيد الملك، بدليل أنه لو طلقها لا يقع طلاقه
عليها، ولو خلعها لا يلزمها المال، فصادف ووطؤه غير ملكه فطل إحصانه، وإن لم يجب
الحد بوطئه، كما لو وطئ جارية ابنه أو جارية مشتركة، فقد قذف غير محصن فلا يلزمه
الحد.

٣٤٤- إذا قال لامرأته: زنت بحمل أو بشور أو بحمار، لم يجب عليه الحد.

ولو قال: زنت بناق أو بأتان أو بقرة فعليه الحد^(١).

والفرق أنه إذا قال: زنت بناق، فقد أضاف فعل الرني إلى أشير ويستحيل وجود
الجماع من الأثنين فلم يمكن حمله على مشاركة الفعل، وإلصاق الفعل بالمفعول به،
فحمل على البدل، لأن الباء تدخل في الكلام للبدل فكأنه قال: زنى بك فلا ناقة أو
بدرهم دفعها إليك، ولو قال ذلك وجب عليه الحد، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: معبر، لأنه أضاف فعل الجماع إلى ذكر وأشي ولا يستحيل
وجود الجماع من الذكر والأشي فصار إدخال الباء للمشاركة لا للبدل، إذ هو انطاهر من

(١) انظر البحر (٣٣/٥)، والمبسوط (١٢٥/٩) والبدائع (٤٥/٧) وشرح فتح القدير (٣١٨/٥)

الكلام، فحملناه عليه فنصار كما لو قال: جامعك بعير أو ثور، ولو قال ذلك لم يحرم عليه الحد، كذلك هذا.

٣٤٥- إذا شهد أحد الشاهدين على أنه قذف فلان، والآخر أنه أقر أنه قذفه به حد عليه، ولا تقبل هذه الشهادة.

ولو شهد أحدهما على البيع والآخر على الإقرار بالبيع قبلت وحكم بالبيع. والفرق أن الإقرار حكاية، وفي الحكاية معنى ابتداء القذف، فلو جمعنا لجمعنا بينهما بالمعنى، وإيجاب الحد بالمعنى لا يصح، كما لو قال: وطئت وطئاً حراماً. وليس كذلك في باب البيع، لأن في حكاية البيع معنى الابتداء، فلو جمعنا لجمعنا بينهما بالمعنى وإيجاب البيع بالمعنى دون صريح لفظه جائز، كما لو قال: ملكتك بكدا درهمًا، ولهذا المعنى قلنا: إن لو شهد أحد الشاهدين أنه قذفه بالفارسية والآخر بالعربية. لم تقبل شهادتهما.

وفرق آخر أن لفظ الإخبار والابتداء لا يختلف في باب البيع بدليل أنك تقول في الإخبار: بعته، وفي الابتداء أيضًا يقول: بعته، فيجوز أنهما سعا معًا فحمل أحدهما على الابتداء، والآخر على الإقرار فلم يبين اختلاف الشهادة، فحازت.

وليس كذلك في القذف لأن لفظ الإخبار والابتداء يختلف فيه، لأنه يقول في الإخبار قلت له: أنت زان، وفي الابتداء يقول: يا زان أو أنت زان، فلم يكن ما شهد به أحدهما عين ما شهد به الآخر فبان الاختلاف بينهما فلم تجز شهادتهما.

٣٤٦- وإذا ضرب العبد حد القذف ثم عتق فشهد لم تجز شهادته.

وإذا ضرب الكافر حد القذف ثم أسلم فشهد تقبل شهادته.

والفرق بينهما أن للعبد نوع شهادة، بدليل أنه لو شهد برؤية الهلال أو بطهارة الماء أو أحبر في الديانات قبل قوله، فإذا حد بطل ذلك النوع من الشهادة.

فلو قلنا بعد العتق تقبل شهادته في الأموال لقبلت في رؤية الهلال غيره لأنه يستحيل أن تقبل شهادته في الأموال، ولا تقبل في رؤية الهلال والديانات فلما بطلت في الهلال ونحوه دل على أنها لا تقبل ولا تقبل في شيء.

وليس هذا كالكافر لأنه لا تقبل له نوع من الشهادة على المسلمين بحال فلم تصل شهادته بإقامة الحد فإذا أسلم وشهد فهذه شهادة استمادها بالإسلام لم تصل بإقامة الحد فحاز أن تقبل.

٣٤٧- الابن إذا وطئ جارية أبيه، أو جارية أمه، أو جارية امرأته، أو وطئ امرأته

المطلقة ثلاثاً في العدة، أو أم ولده ما دامت في عده، أو العبد واطئ جارية مولا، أو المرتن واطئ الجارية المرهونة عده في رواية كتاب الرهن أنه يجب الحد على الواطئ في هذه المواضع إن قال: علمت أنها حرام، وإن قال: طئت أنها تحل لي. فلا حد عليه.

وفي الأب إذا وطئ جارية ابنه، والبائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل التسليم، والحرية الممبورة إذا وطئها الروح قبل التسليم، والمطقة طلاقاً بائناً إذا وطئها الروح، والحرية بين شريكين - فإنه لا يجب الحد في هذه المواضع، وإن قال: علمت أنها محرمة علي.

والمرء بين هذه المسائل أن في المسائل المتقدمة الشبهة في الفعل إذا لا شبهة هؤلاء في عين الموطوعة ولكن لهم شبهة في الفعل لأن الابن يسطر ويتصرف في مال أمه. فإذا ظن أنه لو هذا اسوع من التصرف فقد طئ في موضع الطن والاشتباه، وكذلك الروح ينسطر، ويتصرف في مال زوجته، فإذا ظن أن حكم بقايا الملك حكم نفس الملك، فقد طئ في موضع الطن والاشتباه، وكذلك المرتن له حق الحبس، وهو نوع تصرف، فيجوز أن يشتبه عليه أمر الوطء، فإذا وطئ وادعى الاشتباه استند دعواه إلى شبهة ظاهرة، وبالشبهة الممكنة يدرأ الحد.

وليس كذلك في باب الأموال والبيوع وغيرها، لأن الشبهة هنا متمكنة في العين، لأن للأب حقاً في مال ابنه عند الحاجة، وكذلك للبائع حق في الجارية المبيعة يقام مقام الملك، بدليل أنها لو تلفت على حكم ملكه، والمطلقة طلاقاً بائناً حكم الملك فيها باق أيضاً، لأن من الناس من قال بأن الطلاق النائي لا يوجب زوال الملك وتحريم الوطء، وكذلك الجارية المشتركة ملكه فيها باق فصادف وطؤها ملكه، فيسقط الحد في البعض فسقط في الباقي، وإذا كانت الشبهة في العين استوى علمه وجهله، فسواء قال: طئت أنها تحل لي أو لم يقل وجُدت الشبهة الموجبة لسقوط الحد فسقط، وفي المسائل التي ذكرنا، الشبهة في الفعل فإذا قل علمت أنها محرمة لم يبق شبهة في الفعل ولا شبهة له في العين فلم يسقط الحد.

فإن قيل: من الناس من قال: الطلاق الثلاث لا يقع فلا يريل الملك فلم لا يجعل هذا كالمطلقة المائنة حتى إنه لو قال: علمت أنها غير محرمة لا يحد؟

قنا: لأن هذه المسألة مما لا يسوغ الاجتهاد فيها عندنا، فلا يتعلق بالخلاف حكم وهذا فلنا لو وطئها بعد انقضاء العدة حد، وإن قال: طئت أنه حلال، ومن أصحابنا من قال: روي أنه إذا وطئها في العدة من الطلاق الثلاث لا يحد، إلا أن هذه الرواية غير مشهورة.

٣٤٨ روى ابن رستم عن محمد بن أبي عمير دعا امرأته فقال: يا دابة، فأجابته

غيرها فوقع عليها، قال: يحد.

ولو أحابه وقالت: أنا فلانة، تعني امرأتك موقع عليها، قال: لا يحد، ونست سمه. والفرق أنها إذا أحابته ولم تغل أنا فلانة لم يحل له وطوها، لأنه يقدر أن يعرف عنها، ويستفسرها، فإذا لم يفعل لم يعذر كما لو وجد في داره امرأة فواقعها، وقال: طست أنها امرأتني.

وأما إذا قالت: أنا فلانة فلا يتوصل الأعمى إلى معرفة امرأته في العادة إلا بذلك فكان ذلك شبهة فلا يحد، كما لو زفت إلى البصير غير امرأته، وأما البصير فيتوصل إلى معرفتها بالمشاهدة، فلم يكن معذوراً في وطئها بالإجابة.

٣٤٩- إذا مات الشهود على الرني - سقط الرجم عند أبي حنيفة^(١).

ولو أصابهم مرض، بحيث عجزوا عن البداية، فإن الإمام يبدأ ثم الناس - ولا يسقط الرجم.

والفرق أن الموت صار شبهة لجوار أهم لو كانوا أحياء لامتنعوا عن البداية، أو رجعوا فلم يحز استيفاؤه مع التحري.

وليس كذلك المرض لأن الامتناع من الرجم كان لعذر طاهر فلم يشترط معهم مع التعذر، ولو امتنعوا لأجل الرجوع بلسانهم، فلما لم يرجعوا باللسان، والعذر عن الامتناع طاهر، زالت التهمة فلم يسقط الحد.

٣٥٠- لا يفرق التعزير على الأعصاء، ولو صرب على عصو واحد جاز، وإذا لم يكن مقتلاً، وفي الحد يفرق الضرب.

والفرق أن المقصود من التعزير إيصال الألم، وجمعه أبلغ في إيصال الألم، ولا يؤدي إلى التلف، لأنه يضرب في الحد ثمانون أو مائة، وفي التعزير لا يزداد على تسعة وثلاثين، فلا يؤدي إلى التلف عائلاً.

٣٥١- قال أبو حنيفة رحمه الله: للولد والوالد وإن كان عمداً أن يطالب بالحد، إذا كان المقذوف حرّاً مسلماً.

وإن كان المقذوف عبداً فليس لهم أن يطاسوا.

والفرق أن الأب متى كان محصناً وقذفه إنسان فقد صح القذف، وألحق الشين بالابن والأب، والشين إذا حصل بقذف صحيح تعلق به الحد، كما لو كان الابن والأب حريين.

(١) انظر المسوط للشيباني (١٥٦/٣) والمجلة الجمعية المحة (٣٥٠/١).

وأما إذا قذف العمد في نفسه والقذف ليس بصحيح، لأنه صيادف غير محصن. فدم يجب بالخاق الشين به حد، فلا يجب الحد.

٣٥٢- غير محصن إذا أقر بالزنى والسرقه وشرب الخمر وقذف المحصنة استوفى الجميع، يبدأ بحد القذف، ثم إن شاء الإمام بدأ بحد الزنى، وإن شاء بدأ بالسرقه، ويؤخر حد الشرب.

وأما المحصن إذا أقر بهذه الأشياء قدم حد القذف ثم رجم، وسقط حد السرقه والشرب.

والفرق أن هذه حدود الله تعالى إلا أن حد القذف اتصل بحق الأدميين لأنه إليه الطلب، وحق الله تعالى إذا اجتمع مع حق الأدميين قدم حق الأدميين كالدين ولركاة. وإذا استوفى هذه الحدود بقيت حدود الله كلها ولا يمكن إسقاط بعضها ببعض، فاستوفى اكل وحد الزنى والسرقه استوفى في التأكد لأههما حقان لله تعالى ثنا بنص القرآن، ولالإمام أن يبدأ بأيهما شاء، وحد الشرب إما ثبت بالسنة فكان أضعف من الذي ثبت بالقرآن، فيجب أن يؤخر عنه.

وأما في المحصن فهذه حدود اجتمعت لله تعالى، وفي استيفاء بعضها إسقاط الباقي، لأنه إذا قتله رجماً، لا يمكن إقامة حد السرقه، والشرب، ولو استوفى حد اسرقه والشرب أمكن إقامة الرجم بعدهما، والإمام مأمور بإسقاط الحدود ودرئها وفي البداية بالرجم درء الحد الزنى، والسرقه فكان له أن يبدأ بالرجم درءا لحد الزنى والسرقه.

كتاب السرقه

كتاب السرقه

٣٥٣- قال في الأصل ولم يكن خلاف: إذا نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع وذهب لم يقطع^(١).

ولو شق الجوالق، وأدخل يده، وأخرج المتاع قطع. والفرق أن في باب البيت لم يهتك الخرز بأقصى ما قدر عليه، لأن أقصى ما يقدر عليه هتك خرز البيت بالولوج فيه وإخراج المتاع، ولم يدخله فلم يقطع، كما لو لم يدخل اليد ولكنه نقب فسقط منه المتاع.

(١) انظر الهداية (١٢٥/٢) والبحر (٦٥/٥) وحاشية ابن عابدين (١٠١/٤) واليسوط (١٢٧/٩) وشرح فتح القدير (١٩٠/٥).

وأما في الجوائق فقد هتك الحرز بأقصى ما قدر عليه، إذ لا يقدر على الدخول في الجوائق، وإنما يقدر على إخراج المتاع ويعتاد ذلك، وقد فعل فوجب القطع.

٣٥٤- إذا سرق من حمام أو حانوت قد أذن صاحبه للناس بالدخول منه، وصاحبه هناك لم يقطع. ولو سرق من مسجد وصاحبه هنا في المسجد قطع.

والفرق أن الحمام أو الحانوت حرز في نفسه، بدليل أنه لو أراد صاحبه أن يمنع الناس من الدخول فيه قدر عليه، وإذا كان حرزاً في نفسه لم يؤثر كون صاحبه معه في الإحراق، بصر كما لو لم يكن، ولو لم يكن هناك حافظ لم يقطع كذا هذا.

وليس كذلك المسجد، لأنه ليس في نفسه بحرز، بدليل أنه لو أراد أن يغلق بابه ويمنع الناس من الدخول فيه لا يقدر، فصار حرزاً بالحفظ كالمعازة فإذا سرق منه فقد سرق من حرز فقطع، والأصل فيه خير صفوان^(١).

فرق آخر أن هول الحمام وإن كان حرزاً إلا أنه إذا أذن صاحبه أحرقه من كونه حرزاً فلا يقطع.

وفي المسجد صار حرزاً بالحفظ، ولم يوجد من جهته إذن بالدخول فبقي حرزاً فقطع.

فإن قيل: ولم أذن قلنا: لا رواية فيه على أنه لا حكم لإذنه، لأن كل واحد مأدون بالدخول فيه، فاستوى وجود إذنه وعدمه.

٣٥٥- إذا سرق ثوباً لا يساوي عشرة دراهم، وعلى جانيه مال عظيم مصرور ولم يعلم به السارق لم يقطع، وإن علم قطع^(٢).

وإن سرق كيساً أو جوائقاً لا يساوي عشرة دراهم، وفيه مال قطع، علم به أو لم يعلم.

والفرق أن المقصود من السرقة الثوب دون الدراهم إذا لم يعلم به، والمقصود لا يساوي عشرة دراهم فلا يقطع به، فصارت الدراهم تبعاً له إذا لم يكن مقصوده، حتى إنه لو علم وقصد قطع، لأنه لم يصر تبعاً.

(١) رواه السنائي (٦٩/٨) وفي الكرى (٣٢٩/٤)، وكذلك عبد أبي داود وابن ماجه كما في نصب الراية (٣٦٩/٣) والتلخيص (٦٤/٤).

(٢) انظر البحر (٥٨، ٥٥/٥) والسنن (١٦١/٩) وحاشية ابن عابدين (٩٢/٤).

وأما الجوالق والكيس فالمقصود منه ما فيه لا الجوالق والكيس في العرف وإنما
وما فيه مما يجب القطع به فصار كما لو سرق الدرهم وحدها يقطع، كذلك هذا

٣٥٦- إذا سرق وإياه في يده اليسرى مقطوعة لم تقطع اليمين

وإن كانت أصبعاً غير الإبهام من اليسرى مقطوعة قطع اليمين.

والعرق أن قوة الإبهام تعادل جميع الأصابع بدليل أنه يلاقي جميع الأصابع فصارت
قوته كقوة الأصابع كلها، فلو قطعنا اليمين لموتنا منفعة البطش كلها بكماها، وهذا لا
يجوز. وليس كذلك غير الإبهام، لأن قوته لا تعادل جميع الأصابع، بدليل أنه لا يلاقي
جميع الأصابع، ولا يقع التناول به، فصار كما لو كانت اليسرى مكسورة طرفها ولو كان
كذلك نقطع اليمين، كذلك هذا.

٣٥٧- لو كانت أصابع رجله اليمنى مقطوعة قصعت رجله اليسرى إذا أمكنه

المشي.

ولو كانت أصابع اليد اليسرى مقطوعة لا تقطع اليد اليمنى.

والفرق أن منفعة الرجل المشي، والمشي ممكن مع ثوب الأصابع اليمنى لا يؤدي
إلى تقوية منفعة اليسرى؛ فجاز أن تقطع.

بخلاف اليد، لأن منفعتها البطش وتفوت الأصابع يفوت البطش والتناول فلو
قطعنا اليمنى لموتنا عليه منفعة البطش بكماها، وهذا لا يجوز.

٣٥٨- رجلان كانا في دار، كل واحد منهما في مقصورة على حدة، فقب

أحدهما على صاحبه وأخذ متاعه قطع، إذا كانت داراً كبيرة.

وإن كنت صغيرة لم يقطع.

والفرق أن الدار إذا كانت كبيرة كالخان يكون فيها مقاصر، فكل بيت يكون فيها
حرزاً على حدة، بدليل أن الإذن في دخول الدار لا يكون إدناً في دخول جميع مقاصرها،
وبدليل أنه لو قال للمودع: احفظها في بيتك هذا فحفظها في بيت آخر منها نصاعت
صمن، فصار كالمكاتب المتباعدين.

وأما إذا كانت الدار صغيرة فالحرز حرز واحد، بدليل أن الإذن في دخولها إدن في
دخول جميع بيوتها، وبدليل أن المودع لو قال: احفظها في بيتك هذا، فحفظها في بيت
آخر من تلك الدار لم يضمن، فصارا كالكلمة الواحد، ولو كانوا في بيت واحد فسرق
أحدهم من صاحبه شيئاً لم يقطع كذلك هذا.

٣٥٩- إذا أقر أنه سرق مع صبي، أو مع معتوه أو أحرس فلا قطع عليه، في جواب

«الأصل».

ولو أقر أنه سرق مع فلان الناطق العاقل، وأنكر فلان قطع المقر في قول أبي

حيفة.

وإن سرق أنه أقر بفعل مشترك بينه وبين غيره، وذلك العبر ممن لا يجوز وجوب
القطع عليه بحال، فلا يجب على المقر أيضاً، كالمحطى والعامد إذا اشتركا في القتل،
والأب والأحصى إذا سرقا شيئاً من مال الابن.

وليس كذلك إذا أنكر، لأنه أقر بفعل مشترك وذلك الشريك ممن يجوز وجوب
القطع عليه، فحار وجوبه على هذا أيضاً، إلا أنه بإنكاره يسقط أحد عن نفسه، فلا
يسقط عن الآخر، الدليل عليه لو أن رجلين قتلا رجلاً ثم عفا عن أحدهما وجب القصاص
على الآخر، كذلك هذا.

٣٦٠- إذا قطع الطريق على قوم، وفيهم ذو رحم محرم منه أو شريك مفاوص له
لم يلزمه حكم قطاع الطريق.

وبمثل لو كان فيهم حربي فإنه يلزمه حكم قطاع الطريق.

والفرق أن العادة جرت بأن كل واحد من رقة المسلمين كالملتزم بصرة صاحبه،
فصار كالمستحفظ ماله إياه، فكأنهم أودعوا ماله عند ذي الرحم المحرم منه، فقطع عليه
الطريق، ولو كان كذلك لا يقطع، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كان معهم حربي، لأن كل واحد لم يلتزم بصرة الحربي، إذ لا
تناصر بين المسلم والكافر، فلم يصيروا كالمستحفظين ماله إياه، فصار كأنه في رقة على
حدة، والحربي في رقة أخرى على حدة فقطع الطريق على المسلمين، فليزمه حكم قطاع
الطريق، كذلك هذا.

٣٦١- وإذا ضرب الفسطاط في الحبابة وفيها متاع، وصاحبه فيه، فدخل سارق،
وسرق المتاع قطع. ولو سرق الفسطاط بعنه لم يقطع.

ولو كان الفسطاط ملفوفاً وصاحبه نائم عليه فسرقه سارق قطع.

والفرق بين هذه المسائل أن الفسطاط حرز في نفسه، فإذا سرق منه فقد سرق من
الحرز فقطع.

وليس كذلك إذا كان ملفوفاً، لأنه حرج من أن يكون حرزاً فصار محرراً بالحمط،

إذا سرقه وصاحبه نائم عليه قطع، كما لو قلع باب داره وأدخله في داره. • فعد عنه فحاء سارق وسرقه قطع، كذلك هنا

وليس كذلك إذا كان غير ملفوف، لأنه حرر بنفسه قد سرق وبفس الحرز لا يكون في الحرز، فقد سرق من غير حرز فلا يقطع، كما لو سرق باب الدار.

٣٦٢- إذا سرق من الحمام بصاباً بالليل قطع

ولو سرق بالسهار لا يقطع. والفرق أن الحمام حرز في نفسه، وإنما يخرج من أن يكون حرزاً بوجود الإذن من جهة المالك، وقد وجد بالسهار دون الليل، فخرج من كونه حرزاً بالنهار دون الليل، فقد سرق بالليل من حرر فقطع، وسرق بالسهار من غير حرز فلا يقطع.

٣٦٣- إذا نقب بيت رجل فدخل عليه مكايرة ليلاً حتى سرق منه متاعاً يساوي ألفاً فإنه يقطع. ولو كانه في البلد في الطريق نهاراً فإنه لا يقطع.

والفرق أن السارق من أخذ المال من الحرز على طريق الاستخفاء، ومن فعل هذا بالليل فهو مستخف من الناس، وإن لم يستخف من المالك، لأن الغوث لا يلحقه بالليل، فوجد معنى السرقة فقطع.

وأما بالسهار فليس يأخذ عني وجه الاستخفاء، لأن الغوث يلحقه، فلم يوجد معنى السرقة، وإنما وجد معنى العصب والاختلاس فلا يقطع.

٣٦٤- إذا سرق رجلان عشرة دراهم من رجل واحد لا يقطع واحد منهما ولا يجعل كل واحد منهما كأنه سرق العشرة الدراهم.

ولو اجتماعاً فقتلا رجلاً واحداً وجب عليهما القصاص.

والفرق أن المشاركة وجدت في أخذ المال، والمال مما يتعص، فصار كل واحد أخذ نصه، ومن سرق خمسة دراهم لا يقطع.

وليس كذلك القتل، لأن القتل إزهاق الروح، وهو ما لا يتعص فحمل كل واحد منهما كالمقوت بجميع الروح، فوجب القصاص عليهما.

٣٦٥- السارق إذا رد المسروق إلى أخ المسروق منه، أو أخته، أو أجيده، أو عبده أو امرأته؛ أو أحد ممن هو في عياله لا يسقط ضمان.

ولو رد المودع الوديعة إلى أحد من هؤلاء سقط الضمان.

والفرق أنهم إذا كانوا في عياله فهم حفظة له وحرز له، فصار يدهم يدا له، فإذا رد إليهم صار كما لو رده إلى يد صاحبه، ولو رده إلى يد صاحبه قبل المطع برئ من القطع،

كذلك هنا.

وليس كذلك الأجنبي، ومن ليس في عياله، لأن يدهم ليست بيد له، وهم ليسوا بحرر له، بدليل أن المودع لو دفع الوديعة إليهم ضمن، ولا حق لهم في ماله بدليل أنهم لو استولوا جاريته لم ينفذ استيلادهم فصاروا كالأجنبي، ولا يلزم الأب والجد، وإن لم يكونا في عياله حيث يسقط القطع إذا رده إليهم، لأن لهما حقاً في ماله بدليل أنهما لو استولوا جاريته صح، فصار كما لو رد إلى صاحبه.

وأما قلنا إنه يصح إذا رد إلى من في عياله، واسودع لا يضمن، لأن الصمان وبراءتهم إياه عن الصمان لا يجوز.

وليس كذلك الوديعة، لأنها لم تكن مضمونة عليه فلا يضمن إلا بالخيانة والدفع إلى هؤلاء ليس بحياة، لأهم حفضة له، لأنه يحفظ الشيء لنفسه فيهم، فلم يصر برده إلى حفضته حياة منه، وإذا لم يجز لم يضمن. والله أعلم.

«كتاب السير»^(١)

٣٦٦- المشركون إذا غلبوا على أموال المسلمين ثم غلبوا في دار الحرب فأخذوه من أيديهم فوجده صاحبه، قال إن وجده قبل القسمة أخذه بغير شيء. وإن وجده بعد القسمة أخذه بالقبض.

والفرق أن الكفار بالإحرار ملكوه من غير بدل، فلا يقطع حق صاحبه عنه، كاهبة ثبت حق صاحبه فيه، فوجب على جميع المسلمين أن يذبحوا عنه ويستقذوه من أيديهم لأن المسلمين كلهم كيد واحدة، فإذا استقذوه فقد فعلوا ما وجب عليهم من الأمر بالمعروف فلم يستحقوا عليه بدلاً، فكان له أن يأخذه بغير شيء.

وأما بعد القسمة إذا وقع في نصيب واحد فلم يجب عليه أن يأخذ ماله، ولو قلنا: بأنه يسترده مجاًئاً لأصررها به، وفوتنا عليه حقه من الغنيمة، وهذا لا يجوز، فأوحى عليه القيمة ليصل هو إلى حقه، ويسلم له العين بسلامة بدله كالشمع.

وجه آخر لم يتأكد حق المسلمين فيه قبل القسمة، بدليل أن للإمام أن يقل رجائهم، وله أن يمن عليهم، ويجعلهم دمة، ويرد عليهم أموالهم، وإذا لم يتأكد حقهم فيه كان له أخذه مجاًئاً.

وأما بعد القسمة فقد تأكد ملكهم فيه بدليل أنه ليس للإمام أن يمن عليهم ويردهم

(١) ويقال الجهاد.

الفروق في الفروع

٢٠١

ولا أن يقتلهم، فلا يجوز تصويت ملكه عليه، فكان له أحده بالقيمة كاشميج، دار أحد الدار من المشتري بربه يأخذ بالقيمة، كذلك هذا

٣٦٧- لا يسهم للعبد وإن قاتل بادن المولى ويسهم لحر.

والفرق أنه ليس من أهل القتال، بدليل أنه لا يدعى إليه فأشبه النساء بخلاف الحرب، ولأن خدمة المملوك للمولى، بدليل أنه لو أراد أن يقاتل بغير إذنه لم يجر، فإذا أدن له وقع عمه له، فكان المولى قاتل بنفسه ريادة قتال، ولو كان كذلك لم يزد في سهمه، كذلك هذا.

وليس كذلك الحر لأن عمله وقع له إذ سمعته له فيجب أن يستحق بإرائه بدلا، ولا يدل له سوى السهم فوجب أن يسهم له، ولأن الطاهر أن العبد حصر لخدمة المولى، نفع على تلك الخدمة، وهو يذب عن المولى، وذلك مستحق عليه فصار كما لو خدمه في مصر، فلا يستحق به شيئا عليه بخلاف الحر.

٣٦٨- يجوز للمسلمين الاستعانة بأهل الذمة على الكمار إذا لم يكن لهم شوكة.

ولا يجوز الاستعانة بأهل الذمة إذا كانت لهم شوكة^(١).

والفرق أن الشرط في مخالطتهم أن يكونوا تحت قهرنا وحكماء، فإذا كان فيهم قوة كنوا تحت قهرنا، فلم يكن بالاستعانة بهم ضرر بالمسلمين، فحارت الاستعانة بهم.

وليس كذلك إذا كانت لهم شوكة، لأنهم ربما لا يكونون تحت قهرنا، ولا يؤمن أن يخرجوا علينا، ويظهر دينهم، وإذا لم يؤمن في الاستعانة بهم الإصرار لا يستعان بهم، والأصل فيه ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال في الخبر المعروف: «إنا لا نستعين بالكفار»^(٢) لما رأى كنية حسناء، وروي أنه استعان بيهود بني قينقاع لما كان فيهم قلة.

٣٦٩- المشتري من الغامين إذا باع من آخر ثم جاء مالكة الأول فليس له أن

يقض البيع الثاني.

والمشتري إذا باع من آخر الدار فللشفيع أن ينقض البيع الثاني، ويأخذها بالأول.

والفرق أن في المأسور المالك يأخذ على وجه البناء على الملك الأول، لا على وجه القرض، بدليل أنه ليس له أن ينقض القسمة، ولو كان يأخذه على وجه القرض لكان

(١) انظر السير للنسائي (ص ٢٣٨) والمبسوط للسرحدي (٢٣/١٠) والحر (١٥٢/٥) وشرح فتح

القدير (١٠٨/٦)، وأحكام أهل الذمة لابن قيم (ص ٤٧٣).

(٢) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٨٧/٦)، والداودي (٣٠٥/٢) وأبو داود (٧٥٣) والنسائي في الكبرى (٢٣١/٥) والمجتبى (٢٢٤/٨) وابن ماجه (١٤٥/٢) وابن حبان (٢٨/١١) انظر المراجعة

لحافظ (١٢٦/٢).

له أن يقض القسمة، ويأخذ بعير شيء، وإذا كان يأخذ على وجه الناء لم يكن له نقص العقد الأول.

وليس كذلك الشفيع، لأنه يأخذه على وجه القبض، بدليل أن له أن يأخذه من يد البائع، فبقوت القبض فيه، وتفويت القبض يوجب فسخ العقد، وإذا أخذه على وجه التقض كان له نقض الأول، ولأن أخذ الشفيع على وجه الناء وانقض لا يحتلف بدليل أنه يأخذه بالتمس في الحالين، فكان له أن يأخذه على وجه القبض.

وليس كذلك المأسور، لأن أخذه على وجه القبض وذلك يخاف أخذه على وجه الباء، بدليل أن أخذه على وجه القبض يكون مجائاً، كما يأخذ العبد قبل القسمة، وليس له أخذه مجائاً، فلم يكن له أخذه على وجه القبض أنه أن يأخذه على وجه الباء فلم يكن له نقص العقد.

٣٧٠- إذا وجد بعد القسمة جارية قيمتها ألف درهم قد كان المشركون غلبوا عليها فله أن يأخذها بالقيمة.

وإن وجد ألف درهم أو مكيلاً أو موزوناً أو فلوساً بعد القسمة لم يكن له أن يأخذها.

والفرق أنه لا فائدة له في أخذ الدراهم والمكيل والموزون، لأنه لو أخذها لأخذها بمثلها، وهي ومثلها لا تختلف، فلم يكن له أن يأخذها، وليس كذلك الحارية لأن له عرضاً في اقتنائها، لأنه قد يشتري بأكثر من قيمتها لغرض في عينها، وإذا كان للناس أعراس في الأعيان كان له في أخذها فائدة فجاز له أن يأخذها.

٣٧١- إذا أسر العدو عبداً له وفي عنقه حيازة -عمداً أو خطأ- أو دين فإنه يرجع إليه بملك مستأنف، وإن لم يرجع إليه بطلت حيازة الخطأ، وأما جناية العمد والدين فهما في رقبته كما كانا.

والفرق أن الأسر يوجب زوال الملك، فصار زوال ملكه بالأسر كزواله بالبيع ولو باع العبد الجاني خطأ لا يقع بالجناية، وصار المولى مختاراً، كذلك هذا، وزوال الملك بالبيع يوجب سقوط جناية العمد والدين عن الرقبة، وكذلك زواله بالأسر، ولأن حيازة العمد تتعلق بالرقبة، وكذلك الدين، بدليل أنه يسعى به بعد العتق، والرقبة باقية لمقي الحق المتعلق به، وجناية الخطأ غير متعلقة بالرقبة، بدليل أنه لا يسعى به بعد العتق، ويجب على المولى، فلم يؤثر زوال ملكه عن الرقبة فيه، وأما إذا رجع إليه الحق لملكه الأول فإنه يعود بالجناية والدين، لأنه أعاد الملك الأول واستبقاه، فصار كأن لم يزل، ولو لم يزل بقيت

٣٧٢- إذا كانت الحارية رهنا بألف درهم وهي قيمتها فأسرها العدو، ثم أسرها
مهم بألف درهم كان مولاهم أحق بها بالثمن، ولا يكون للمرتهن أن يأخذها.
وإن كان الثمن أقل من ألف كان للمرتهن أن يؤدي ذلك الثمن الذي اقتنحها به
وتكون رهنا عنده، وإن شاء ترك.

والعرف أنه إذا كان الدين مثل الثمن فإنه لا فائدة له في أخذها، لأنه لو أخذه بألف
درهم نرد على المولى ويسترد الألف درهم، وإذا لم يكن له فائدة في أخذها لا يأخذها، كما
لو كان مكيلًا أو موروثًا فإن ملكه لا يأخذها، كذلك هذا

وليس كذلك إذا كان الثمن أقل من الألف، لأن له فائدة في أخذها، لأنه يأخذها
بمسمائة ثم يرد على المولى، ويرجع بدينه وهو ألف درهم، فيكون له فائدة في أخذه
فحاز له أن يأخذها، وأما المالك فله أن يأخذها بعقل قيمته أو أكثر، لأن له فائدة في
أخذها، لأن العين تسلم له، وللناس أعراض في الأعيان فكان له أخذه، كما لو كانت
قيمتها أكثر من الثمن أخذه بالثمن كذلك هذا.

٣٧٣- إذا أسلم أهل الحرب على مال قد كانوا أصبوه وأخذوه من أموال
المسلمين، أو خرج حربي بشيء أخذه من أمواله يريد بيعه لم يكن لصاحبه المسلم عليه
سبيل^(١). ولو اشتراه مسلم من أهل الحرب فله أن يأخذها.

والفرق أن الحربي لم يلتزم نصرة المسلمين والذب عنهم وعن أموالهم، فلم يكن له
أخذه ونقله إلى دار الإسلام لصاحبه، فصار كما لو كان في يده في دار الحرب فلم يكن له
أخذه.

وليس كذلك المسلم، لأنه التزم نصرة المسلمين والذب عنهم وعن أموالهم، فكان
يلزمه استنقاذ أموالهم من أيدي الكفار، فإذا اشترى فالظاهر أنه فعل ما هو واجب عليه،
واستفذه من أيديهم لصاحبه، وإذا أخذه له عاد حقه إليه فكان له أن يأخذها، كعاد أبي
أخذه إنسان لصاحبه، فله أن يأخذها ويعطيه الجعل، كذلك هذا.

٣٧٤- إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان وله في أيديهم حارية قد أسروها - كره
له حبسها ووطؤها. ولو كانت مدبرة أو أم ولد يكره له أخذها.

والعرف أن الحارية ضلك بالبيع فتملك بالأسر، فصارت ملكًا لهم وهو يعقد الأمان أنترم

(١) انظر المبسوط للسرحدي (١/٦٢) والفتح (٦/٢٧٦).

ألا يأخذ ما في أيديهم بغير رضاهم، فصار بالأخذ ناقصاً للعهد محملاً للذمة - فلم يجر
وليس كذلك المدبرة وأم الولد، لأن رقتها لا تملك بالعقد، فلا تملك بالأسر.
بقيت على ملك صاحبها، وهو إنما التزم الكف عن أخذ ما لهم بغير رضاهم، وهذا ماله.
وهو باق على ملكه، فلم يكره له ذلك، ولم يصير مناقصاً ما أوجبه بعقده، فجاز له ذلك.
٣٧٥- إذا طعن المسلم بالرمح في جوفه فتعذه فله أن يمشي إلى العدو حتى
يضره، ولا يجعل بذلك معيئاً على قتل نفسه. وإن لم يتعذه لم يكن له أن يمشي إليه.
والفرق أنه إذا تعذه فالمشي إليه لا يزيد جراحته، وهو يصل إلى مكابدة العدو من غير
إعانة على القتل نفسه، فجاز له ذلك، وكان مأوراً، كما لو لم يكن الرمح في جوفه.
وليس كذلك إذا لم يتعذه، لأنه بالمشي إلى ذلك يزيد جراحه، ولا يؤمن أن يصيب
المقتل فيقتله فيصير به معيئاً على قتل نفسه، فكره له ذلك.

٣٧٦- حربي دخل إلى دار الإسلام بأمان فباعه مسلم درهماً بدرهمين لم يجز. ولو
أن مسلماً دخل دار الحرب بأمان فباعهم درهماً بدرهمين جاز إن كان مال كل واحد على
الإباحة، وقد رضي بتمليكه عليه.

والفرق أن في المسلم بدخوله دار الحرب أمناً لم يصير لهم عاقداً عقد الأمان، بدليل
أن غيره من المسلمين لو قتلهم وأخذ أموالهم ملكه، وكان له ذلك إلا أن هذا المسلم
وعد ألا يأخذ ما لهم إلا برضاهم، فيجب أن يفي بما وعد، فبقي ما لهم على الإباحة فإذا
توصل إلى أخذه من غير نقص عهد برصاهم جاز.

وأما الحربي إذا دخل دارنا بأمان فقد عقدنا له عقد الأمان، بدليل أن كل واحد من
أهل دارنا إذا أخذ ماله لا يملكه، فخرج ماله من أن يكون على حقيقة الإباحة، فصار
مالاً محرراً بأيدي المسلمين فلا يملكه المسلم بالقهر، وإنما يملكه بالعقد، وتصلك درهم
بدرهمين بالعقد يكون ربا فلم يجز.

٣٧٧- إذا وادع الإمام قومًا من أهل الحرب ثم إن قومًا من المسلمين عدروا بأهل
الموادعة، وأخذوا أموالهم لم يسع المسلمين أن يشتروا من ذلك شيئاً، ولو اشتروا رد
البيع.

ولو أن مسلماً دخل دار الحرب بأمان ثم أخذ شيئاً من أموالهم وأدخله دار الإسلام
فاشتراه إنسان منه لم يرد البيع.

والفرق أن الإمام لما وادعهم صاروا ذمة لنا، فوجب على جميع المسلمين الذب
عنه، فإذا أخذوا أموالهم لم يملكوها، لأنهم صاروا مأمنين عهدهم كما لو أخذوا سائر

وليس كذلك المسلم إذا دخل بأمان إلى دار الحرب، لأنهم لم يصيبوا دمة بدخوله. بدليل أن غيره من المسلمين لو أخذ أموالهم ملكه ولم يلزم بصرفهم، ففي ما فهم عن أصل الإباحة فقد أخذ مال حربي باق على أصل الإباحة، فملكه فإذا اشتراه بسان حار إلا أنه يكره الشراء، لأنه ملكه بسبب محذور، إذ هو أخذ ما فهم بغير رضاهم، وقد اتهم أن لا يأخذ ما فهم إلا برضاهم، فكره الشراء منه.

٣٧٨- إذا أسر المشركون عبدًا للمسلمين وأحرزوه، ثم إن رجلاً اشتراه منهم فأسره العدو منهم ثانياً، واشتراه رجل مسلم فللمشتري الأول أن يأخذه، لأنه من يده أخذ وعليه يد ملكه، فكان له أن يأخذه، فإن تركه ولم يأخذه فأراد مولاه الأول أن يأخذه فليس له ذلك في رواية الجامع الكبير.

والمشتري إذا باع الدار فللشفيع أن يأخذه بالشراء الأول وينقص الثاني. والفرق أن المالك يأخذه على وجه الناء لا على وجه نقض الملك، بدليل ما بينا، ولو قلنا إن له أخذه ويعيد ملكه لأبطل شراء الثاني، وليس له نقض تصرفه فلم يكن له أخذه.

وليس كذلك الشفيع لأنه يأخذه على وجه النقض فأخذه بالبيع الأول يوجب نقض الثاني، وله حق النقض فكان له أن يأخذه.

ووجه آخر أن حق المولى إما ثبت فيما في يد المشتري الأول، ووجب به حق الأخذ منه، بدليل أنه لو لم يكن يشتريه لم يكن له الأخذ، فقد زالت يده، فإذا رالت يده وملكه زال الموجب لجواز أخذه فلم يكن له أخذه.

وليس كذلك الشفيع، لأنه لم يجب له حق الأخذ فيما في يده، بدليل أن النائع لو أقر بالبيع وأكره المشتري، ولم يكن في يده ثبت له حق الأخذ بالشفعة، وإذا لم يختص حقه بيده وملكه فروال يده وملكه لا يوجب سقوط حقه، فبقي حقه فيه، فكان له الأخذ من يد الأول، وينقض العقد الثاني.

٣٧٩- ولو اشترى رجل عبدًا بألف درهم فلم يقبضه حتى أسره العدو، واشتراه رجل بمهم بخمسمائة درهم، فأخذه البائع بخمسمائة، فللمشتري أخذه من البائع بالنمين جميعاً.

ولو أن رجلاً باع عبدًا فجنى العبد حيازة قبل التسليم، ففداه المولى فإنه لا يأخذ ما فداه به ولكنه يأخذ منه الثمن فقط.

والفرق أن في باب الجنابة قد أسقط خيار المشتري بالعداء، فقد قضى به حقاً عن نفسه أو مضموناً عن نفسه فجاء أن لا يرجع على غيره، الدليل عليه لو قطع رجل إصبع رجل ثم قطع يد آخر ثم جاء المقطوعة يده وقطع يد القاطع فإنه يجب على قاطع الإصبع أرش الإصبع، لأنه قضى به مضموناً عن نفسه، كذا هذا.

وأما في مسألة الشراء من العدو لم يسقط خيار المشتري، بدليل أن خياره يبقى بعده فلم يقض به مضموناً عن نفسه، وبما أحيا ملكه ولا يصل إلى إحياء ملك نفسه إلا بأدائه، ولم يوجد منه ولا من العبد حاية، مضار كأنه ازداد شن العبد، فرجع به عليه، الدليل عليه لو أن مريضاً باع داراً بالف، وقيمتها ثلاثة آلاف ومات، ولم يجر الورثة فإنه يقال للمشتري: إما أن تزيد في الثمن فتأخذ بالعين، وإما أن تدع، كذلك هذا.

٣٨٠- ذكر في السير^(١) وذكر الشيخ أبو الحسن^(٢) أيضاً في مختصره: إذا قاتلت

المرأة من أهل الحرب فأخذت ووقعت في يد المسلمين فلا بأس بقتلها.

ولو أن صبيّاً أو معنوفاً قاتلاً فأخذوا ووقعوا في يد المسلمين لم يجز قتلها، وإن كانا قتيلاً جماعة من المسلمين.

وفي الأصل في كتاب السير إذا خرجت امرأة مع أهل البغي فقاتلت فأخذت حسنت ولم تقتل، فيحتمل أن يكون معده الأولى أن لا تقتل، فإن قتلت يجب أن يقال يجوز، كما حكاه في الحرية، وإلا فيحتاج إلى الفرق بينهما، ولم أجد عن مشايخنا فرقا بينهما.

والفرق أن المرأة لما قاتلت صارت من أهل القتال، وهي مكلفة عاقلة، فكان عقوبتها عقوبة لها على فعلها، فجاز أن تقتل.

وأما الصبي والمعتوه فهما غير مكلفين، وقلهما كان مباحاً لأجل القتال، فإذا أخذوا زال القتال، ولو قتلنا قتلهم عقوبة وهما لا يستحقان العقوبة فلا يقتلان، إلا أن يغلب في ظل المسلمين أهم لو تركوهما لعادوا إلى القتال، حينئذ يخاف من تركهما الضرر، فجاز قتلها كالعقلاء البالغين.

٣٨١- إذا قال الإمام: من قتل قتيلاً فله سسه، فبدأ واحد فضربه ثم أحجز عليه الآخر، فإن كان الأول صيره بحيث إنه لا يمكنه أن يقاتل، ولا أنه يعين فأسلب للأول، وإن كان بخلافه فأسلب للثاني.

(١) انظر: شرح السير الكبير (٢/٧١٦).

(٢) هو: الكرخي وانظر حاشية ابن عابدين (٣/٣٢١). والمبسوط للسر عسي (٩/١٩٧).

والفرق أنه لما صبره بحال لا يقدر أن يعين ولا أن يقاتل معه حصي معه... وهو إخراجهم من كونه حارثاً للمسلمين، لأنه لا يمكنه أن يقاتل... لا أن يعين معه حتى الثاني قتالا ولا يخرجنا له إلى حكم القتال. فلم يستحق مله، والدليل عليه أنه من أبي صيد تأتخته حتى لا يستطيع براحا، ثم رماه الثاني فهو للأول، وإن كان بحال لا يمكنه أخذه إلا بصيد فهو للثاني لهذا المعنى، كذلك هذا.

٣٨٢- إذا افتتح الإمام بلدة فأسلم أهلها قبل القسم فله أن يسترقهم، وإن شاء ردهم على أملاكهم، ووضع على أرضهم الخراج وهم أحرار. ولو أسلموا قبل الفهر وفتح البلدة لم يسترقهم.

والفرق: أن حق العامين تعلق برقابهم وأرضهم عند الفهر، فإذا أسقط حقهم عن رقابهم بالإسلام لم يكن له ذلك، ولو أخذ ما لهم، ثم أسلموا لا يرد عليهم كذا هذا. وإذا عني حقهم فإذا استرقهم استند الاسترقاق إلى السبب السابق، فكأنه استرقهم في حال الكفر، وإن كان في الحال مسلماً، كما قلنا لو أسلم الأب في دار الحرب وابنه حين في البطل فاسترقت الأم، فالجنتين مسلم وهو رفيق، لأن ثبوت الاسترقاق بشت قبل ثبوت حكم الإسلام، وانتداء استرقاق المسلم لا يجوز إذا لم يكن مستتباً إلى سبب قله. فإن قيل لو ثبت حقهم بالفهر لوجب أن لا يكون للإمام أن يقهرهم على أرضهم ويكونون أحراراً.

قلنا إنما جوبوا ذلك، لأن خيار الإمام كان ثابتاً بين أن يفرهم أحراراً على أرضهم، لأن أهل الأرضين قد يكونون أعلم بمعارضها، ولو قسمت بين الغائبين واسترقهم خربت ولم يتمتع بها، وإذا أقر أهلها انتفع بها، فإذا رأى الإمام تحصيل هذا النوع من المنفعة بتقريرهم أحراراً كان له ذلك، لأن خياره كان ثابتاً بين أن يقتلهم أو أن يسترقهم، وبالإسلام سقط القتل، فبقي خياره ثابتاً بين الاسترقاق والتقرير، فيثقل حقهم عن رقابهم إلى الأراضي ليحصل لهم زيادة منفعته وهو باطر محتاط، فله أن يفعل ما يكون فيه احتياط لهم.

٣٨٣- جماعة لهم معة دخلوا بإذن الإمام دار الحرب، فأصابوا عائم، ولحقهم لصر أو لسان لا معة لهما بغير إذن الإمام، وقد أصابا غيمة قبل أن يلحقهم العسكر، فإذ العسكر يشاركونها فيما أخذوا قبل لحوقهما بهم، وهما لا يشاركان العسكر فيما أصابوا قبل لحوقهما بهم، إذا لم يلقوا قتالا بعد ذلك^(١).

(١) انظر البدائع (١١٧/٧).

ولو كانوا جماعة شاركوا العسكر فيما أصابوا قتل لحرقهم بهم والفرق أن الواحد والاثنين إنما أمكنهما الدخول بعد العسكر وإنما أحرقا بدار الإسلام فإذا طهر العسكر فقد شاركوه في سب الملك، فيشاركونه في الملك، وأما هذان لا يشاركان العسكر، لأنهم لا يتقوون بالواحد والاثنين، فلا يجوز أن يشاركهم، إذا لم يقاتلوا بعد ذلك، وأما إذا قاتلوا يشاركونهم في العيمة الأولى، إذ نولاهما فربما غلب الكمر عليهم، فإذا اشتعلوا بالقتال فصار كأنهما شهدا الواقعة الأولى. وأما إذا كانوا عسكرياً عظيماً أو جماعة وللعسكر يتقوون بهم، فيحصل الإحراق بطهرهم ومعوتهم فيشاركون في سب الملك، وصاروا مددًا لحق العسكر، بشاركهم في العيمة.

٣٨٤- إذا لم يكن للمسلمين قوة يرى الإمام أن يودع أهل الحرب، ويأخذ منهم مالا جار، ولا يرد المال إليهم. ولو وادع قومًا من المرتدين على مال لم يجز ولا يرد عليهم المال. والفرق أن في المودعة على مال استقاء الكمر بأمال، وهذا جائز كما جاز استقاؤهم بالحرية.

وأما المرتدون ففي المودعة على مال استقاؤهم على الكمر بمال وهذا لا يجوز، كما لا يجوز استقاؤهم على الحرية إلا أن المال لا يرد عليهم، لأن مال المرتد شيء فإذا وقع في يد المسلمين لا يرد عليهم كالغنيمة.

٣٨٥- إذا وادع الإمام أهل دار بأسر أهل دار أخرى واحدًا من أهل الدار الذين وادعهم، ثم إن المسلمين أسروا أهل الدار الثانية، فأسروا ذلك الأسير فهو شيء، ولو دخل تاجر الدار الأخرى فأسر فلم يكن شيئًا.

والفرق أنه إذا أسر فقد انقطع عنه حكم دار المودعة، بدليل أنه لو أراد العود إلى دار المودعة لم يكن له ذلك، فإذا أسره المسلمون ملكوه، كما لو كان من غير أهل الدار الذين وادعهم الإمام.

وليس كذلك التاجر، لأن حكم دار المودعة لم يقطع عنه، بدليل أن به أن يخرج من دارهم متى شاء إلى دار المودعة، فصار كما لو كان في دار المودعة فأسر لم يكن شيئًا، كذلك هذا.

٣٨٦- الصبي إذا أسلم ثم ارتد لم يقتل، وكذلك من ثبت له حكم الإسلام بآذار أو بأحد أبويه ثم ارتد لم يقتل، وحس حتى يعود إلى الإسلام.

ومن كان بلغا فأسلم بنفسه ثم ارتد قتل.

وجه الفرق أن من صار مسلما بإسلام أبيه أو بالدار لم يلزم حكم الإسلام نفسه، فلم يكن بالردة مناقضا ما أوجه بعقده، فجار ألا تتوجه العقوبة عليه. وكذلك انصبي إذا أسلم فقد التزم حكم الإسلام إلا أن صمائه لا يصح، فلو قنائه أجهبا بعقده عليه بعقده، وضممان العقود لا يلزمه، فلا يقتل.

وأما البالغ فقد التزم حكم الإسلام، وبردته صار مناقضا ما أوجه بعقده، محار أن يعاقب عليه بالقتل.

ولأن إسلام هؤلاء إسلام ضعيف، ألا ترى أنهم لا يثابون على ذلك، وكذلك إسلام انصبي بنفسه إسلام ضعيف لأنه مختلف في جواره وصحته فصار ضعف إسلامه شبهة، والقتل يسقط بالشبهة وأما البالغ فأسلامه بنفسه قوي بدليل أنه يستحق الثواب بذلك، والردة توجب القتل، ولم توجد شبهة تسقط عنه القتل، فوجب أن يقتل، ثم يحرمون من أسقط عنه القتل، لأن القتل قد سقط بشبهة، وسقوط القتل بالشبهة لا يوجب سقوط الإجماع كالمرأة.

٣٨٧- إذا اشترى المستأمن أرض خراج وجب عليه خراج أرضه وصار دميًا من حين وجب عليه الخراج، ويجب عليه خراج رأسه بعد سنة مستقلة من يوم وجب الخراج في أرضه.

ولو قال الإمام للمستأمن: إن أقمت في دارنا سنة بعد يومك هذا أخذت منك الحرية، فأقام سنة صار دميًا، وأخذ منه الخراج عند تمام السنة من يوم قال ذلك والفرق أن خراج الأرض مما يجب على أهل الدمة، فإذا التزم ما يجب على أهل الدمة صار دميًا، كما لو التزم خراج الرأس، وإذا صار دميًا بالتزام الخراج صار وجوب الخراج كعقد الدمة، فتلزمه الحرية بعد سنة.

وليس كذلك إذا قال: إن أقمت سنة، لأن وجوب الخراج بالتزامه، فإذا أقام بعد تقديم الإمام سنة صار ملتزمًا من يوم أقام، فإذا تم استوفى منه.

٣٨٨- إذا قال عابد الصم أو الثوي: أشهد أن لا إله إلا الله، أو هل: أشهد أن محمدًا رسول الله، صار به مسلما.

والكتابي في دار الإسلام إذا قال هذا لا يكون مسلما حتى يقر بما أرسل على محمد وجاء به، أو قال: أما بريء من اليهودية.

والفرق: أنهم لا يقرون بالباري ولا بالرسالة، فإذا شهد بذلك فقد شهد بخلاف ما

اعتقده، فعلم أنه ترك دية عصار مسلماً.
وأما الكتائب، فمنهم من يقول: الله واحد ومحمد رسوله، ولكن بعنه إلى العرب
وإليكم، وأما إلي فلا، فإذا قال ذلك سم يوجد منه ما يحالف اعتقاده، فلم يصير به مدلاً
دينه، فلا يصير به مسلماً.

٣٨٩- ويكره الحرس في أعماق الإبل في دار الحرب^(١).

ولا يكره في القادة في دار الإسلام.

والفرق أن صوته يؤذن بمكان الجيش، ويدل العدو على مكانهم، فعنه إصرار
بالمسلمين فكره ذلك.

وأما في القاملة فعنه منعة، لأنه يوقظ النائم، ويهدي الصال، وليس فيه ضرر عظيم
عليهم فحاز.

٣٩٠- إذا لم يقع الفير ولم يأذن للولد أحد أبويه لم يجز له أن يخرج، وإن وقع
النصر وقتل: جاء عدو إلى قرية قريبة، أو قال: قد جاءكم العدو فلا بأس أن يخرج بغير
إذن والديه

ولو أراد الخروج إلى سعر أو إلى حج، ولا يخاف منه التلف جاز أن يخرج بغير
إذنهما.

والمرق أن الواجب على الابن مصاحبة الأبوين بالمعروف، وترك الأذية لهما بدليل
قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وهما يشفقان عليه ويلحقهما
الضرر بما يخافان عليه من الهلاك، وإذا لم يقع الفير فالقمار ليس بواجب عليه، لأنه فرص
كفاية فالاشتغال بالمقام عندهما - وهو الواجب - أولى من الاشتغال بالتطوع.

وليس كذلك إذا وقع الفير، لأن الجهاد تعين وافترض عليه، ولا يمكن استدراكه
وبر الوالدين والقيام عيهما واجب يمكن استدراكه، فالاشتغال بما لا يمكن استدراكه أكد
مكان أولى، أو نقول: فعدم إذنهما لا يسقط الفرص المتعين كالحج والصوم والصلاة، وأما
سائر الأسفار إذا لم يخف منها التلف وهو لم يضيع الأبوين بالإفراق عيهما، ولم يلحق
بهما ضرراً بالخوف على روحه فحاز له أن يخرج ولهذا قلنا: يجوز له أن يخرج في طلب
العلم بغير إذن أبويه، لأنه لا يخاف عليه التلف منه.

٣٩١- رجل دخل دار احرب يريد العارة، فكمن في مكان ينوي فيه مقام شهر

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٣٩٨/٦).

فهو مسافر.

وإن استوطن مسلم مدينة في دار الحرب فاتحد بها مسلماً لا فإنه يتم صلته.
والفرق أنه إذا دخل للعارة فهو مسافر، وإقامته في الكمين إمامة لا انتظار الحجة.
وقضاء الحاجة، واشتغال المصلحة، فصار كالمسافر يقيم في بلد أياماً منتظراً نقصاء الحاجة
ولا يبطل حكم ذلك السفر كذا هذا.

وليس كذلك إذا استوطن بلدة لأنه مقيم فيها قبل الطلب، فإذا اختفى فهو باق
على إقامته لا انتظار حاجته، فصار كمقيم في بلده ينتظر قضاء حاجته، وهو على عزم
السفر كان حكمه حكم المقيم، كذلك هذا.

٣٩٢- عسكر من المسلمين دخلوا دار الحرب، فخرج إليهم أسير من المسلمين
معه امرأة، فقال: جئت بها قاهرًا، وقالت هي: جئت مستأمة، فإن ربطها فالقول قوله.
وإن كانت تمشي معه فالقول قولها.

والفرق أنه إذا ربطها فهي تحت قهره، فصار يدعي عليها القهر والظاهر معه،
فالقول قوله.

وإن كانت مطلقاً تمشي فهي في يد نفسها فهو يدعي عليها القهر، والبدل لها وهي
تنكر فالقول قولها.

٣٩٣- إذا نقض قوم من أهل الذمة العهد، وغلبوا على بلدة فالحكم فيهم كالحكم
في المرتدين في قسمة أموالهم بين ورثتهم، إلا أنهم يسترقون ويستبقون بالحرية، بخلاف
المرتدين. وجه التسوية بينهم أنهم بنقض العهد والتحرز بالدار تركوا ما به عصمة دمهم،
فصار حكمهم حكم المسلم إذا ارتد وغلب على دار قسم ماله ويحارب، كذلك هذا^(١).
والفرق في الاسترقاق وأخذ الحرية أنهم بنقض العهد عادوا إلى ما كانوا عليه في
الأصل، فصاروا كالحربي الأصلي، والحربي الأصلي يسترق ويستقى بالحرية، كذلك هذا.
وليس كذلك المرتد، لأنه لم يعد إلى ما كان عليه في الأصل وبقي على الردة فصار
كما لو لم يطلب الأمان، ولو لم يطلب لم يجر استبقاؤه، كذلك هذا. وإذا لم يجر استبقاؤه
بالحرية والمال لم يجر استبقاؤه بجانا فقتل.

فصل

٣٩٤- سريتان من المسلمين التقتا فطنت كل واحدة أن الأخرى سرية المشركين

(١) انظر المسوط للسرخسي (١٠/١١٦).

فاقتلوا فلم يحلوا عن قتلى وحراشات فلا دية في ذلك ولا كفارة.
ولو قتل مسلم مسلماً ظن أنه من المشركين، أو رمى إلى الكافر فرجع السهم وأصاب مسلماً فقتله ففيه الدية على العاقلة والكفارة عليه.
والمرق أهمما اقتتلا على تأويل، واتصل قتلتهما بالمخاربة فحاز ألا يعلق وجوب الضمان والكفارة، كالباعى والعاقل إذا اقتتلا لا يجب على الباعى الدية والكفارة في حال القتال، كذا هذا.

وليس كذلك إذا كان وحده، لأن القتل لم يتصل بالمخاربة فصار كرجل أو رجلين خرجا على الإمام، وقتلا رجلاً عادلاً في غير الحرب، وجب عليه الضمان، كذلك هذا، وإذا تعلق الدية بالقتل وجست الكفارة كالحاطي.

٣٩٥- ويكره للعادل قتل أخيه من أهل البغي في الحرب، وكذلك قتل حاله وعمه. ولا يكره للمسلم قتل هؤلاء من المشركين في الحرب.

والفرق أن بعه لم يقطع الصلة بينهما، فلا يجوز قطعه، بدليل أن التوارث يجري بينهما، وجوب النفقة والولاية والقتل يقطع الصلة بينهما فلا يجوز.
وليس كذلك الكافر، لأن كفره قطع الصلة بينهما، بدليل ما بينا وهو أنه لا يجب نفقته عليه ولا ولاية لأحدهما على الآخر، ولا يجري التوارث بينهما والقتل يوجب قطع الصلة بينهما، ولا صلة بينهما فحل له قتله كالأجنبي.

٣٩٦- عشرون رجلاً من أهل الحرب خرجوا من دار الحرب بغير أمان، فطلبوا فلحقوا إلى قرية فيها عشرون رجلاً من أهل الدمة، فلم يعرفوا وادعى كل واحد منهم أنه من أهل الدمة، فلا سبيل على أحد منهم.

ولو دخل عشرة من أهل الدمة في حصن لأهل الحرب فظهر على أهل الحصن فلم يعرف العشرة، وقد أحاط العلم بأنهم فيهم، فهم كلهم فيء.

والفرق أن في المسألة الأولى تيقناً بحظر سبي أهل القرية، وشكاً في الإباحة فلا يثبت الحق في رقابهم بالشك، ككفار دخلوا دار الإسلام ولا يعرفون لم يسع قتال الكل، كذلك هذا.

وفي المسألة الثانية تيقناً بإباحة سبي أهل الحصن وشكاً في الحظر فلا مدع اليقين بالشك؛ كمسلم دخل دار الحرب وسع المسلمين قتلهم، وإن علموا بأن فيهم المسلم كذلك هذا.

٣٩٧- رجل عصب عبداً من رجل ثم ارتد ولحق بدار الحرب، ثم طهر المسلمون

على العاصب ففعلوا، وغنموا ذلك العمد فهو للمعصوب منه بأخذه قبل القسمة وبعد غير شيء.

ولو لحق مرند بالدار ثم عصب شيئاً من مسلم، فظهر عليه المسلمون وأخذوه منه فإن وجدته صاحبه قبل القسمة أخذه بغير شيء، وإن وجدته بعد القسمة أخذه بالقيمة. والفرق أنه لما غصب قبل اللحق وجب الصمان عليه، لأنه من أهل دارنا ويد الإمام ثابتة عليه، فلا يسقط ذلك الصمان عليه بلحقه بالدار، كما لو استمرص شيئاً منه ثم ارتد، وإذا لم يسقط الصمان عنه باللحق لم يقطع حق صاحبه عنه ولم يرل ملكه، فيجب أن يرد عليه.

وليس كذلك إذا عصبه بعد اللحق، لأنه ليس من أهل دارنا ولم يلتزم حكماً، فلا يلزمه الصمان ولا الرد عليه، فصار هذا كافرًا أحرر ماله مسلم بدار الحرب فملكه، فكان ماله أحق به قبل القسمة فيأخذه بغير شيء، وبعد القسمة يأخذه بالقيمة.

ولهذا المعنى قلنا: إنه لو ارتد ثم عصب ثم لحق بالدار ثم غصبه منه غاصب آخر ثم غم المسمون ذلك الشيء فهو فيء، ويأخذه بالقيمة بعد لقسمة وقبلها بغير شيء، لأنه لم يكن مضموناً على العاصب الثاني حين أخذه، لأنه أخذ في دار الحرب حيث لا يد للإمام عليه، ولم يلزمه حكم دارنا، وكذلك لو ارتد ثم عصب ثم لحق بالدار ثم لحقه صاحبه فرده عليه ثم غصبه ثانياً فهو لعاصب، لأنه لما رده عليه زال الصمان، والعصب الثاني لم يوجب ضماناً.

فصل

٣٩٨- إذا اشترى المستأمن من أرض الخراج وجب عليه الخراج، وصار ذمياً.

ولو مر على العاشر بمال فأخذ منه العشر لم يصّر ذمياً.

والفرق أن الخراج إما هو من الحقوق التي تجب على أهل الذمة، فصار الحكم بوجوبه عليه حكماً بكونه من أهل الذمة، وصار ملتزماً بحكم الذمة فألزم حكمه، وصار ذمياً كما لو قل الخزية.

والعشر لا يجب على أهل الذمة، لأن الذمي يؤخذ منه نصف العشر ومن الحربي يؤخذ العشر كاملاً، وإن زادوا في الأخذ منا زدنا فلم يكن بالتزامه ملتزماً بحكم الذمة، فلم يصّر ذمياً.

ولأن الخراج لا يجب في السنة إلا مرة واحدة، والمستأمن لا يمكن من دارنا سنة كاملة فإذا التزم أداء الخراج وأداه فقد التزم المقام سنة كاملة، فصار ذمياً

وأما عشر المال لا يعتبر فيه الحول، فلم يكن بالتزامه ملتزماً المكث في دار إسلام سنة، وإذا لم يحز عليه حكم المكث في داراً سنة لم يصير دميّاً.

٣٩٩- إذا اشترى جارية من أهل الحرب، قد كان المشركون أصابوها من مسلم فولدت، فقتل الولد وأخذ المشتري أرشه لم يكن لصاحبها أن يأخذ الأرض، ولكن يأخذ الأم بجميع الثمن.

وبمثل لو اشترى جارية فولدت قبل القبض، فقتل الولد وأخذ السائق أرشه، أو قتله البائع فللمشتري أن يأخذ الأم بحصتها.

والفرق أن حق المولى لا يثبت في بدل الأم، ولا في بدل الولد، بدليل أهمها لو انتقلا إلى البدل بأن قتلا لم يكن للمولى على القيمة سيل، ولو قسمنا الثمن بينهما لجعلنا له حقاً في البدل، وهذا لا يجوز، فصار كأن الولد لم يكن، فبأخذ الأم بجميع الثمن. وليس كذلك ولد المبيع، لأن حق المشتري ثبت في البدل، بدليل أن الأم لو انتقلت إلى البدل بقتل أو عصب ثبت حقه فيه، فصار كأن الولد باق لحاله فقتل كد له حصّة، كذلك هذا جاز أن يقسم عليه.

٤٠٠- ولو أن المشتري من الكفار فمأ عين الجارية المشتراة ثم قبضها صاحبها، فإنه يأخذها بجميع الثمن^(١).

ولو أن السائق فمأ عين الجارية المبيعة ثم جاء المشتري أخذها بحصتها من الثمن^(٢). والفرق أن حيازة المشتري من الكفار صادفت ملك نفسه، وجنابته على ملكه لا توجب صمناً عليه، فقد فات بمعنى لا يوجب الضمان، فصار كما لو مات الولد وبقيت الأم أخذ الأم بجميع الثمن، كذلك هذا.

وليس كذلك الجارية المسعة، لأن جنابته صادفت ملك غيره، وهو ملك المشتري، وجنابته على ملك غيره توجب الضمان، فقد فات بعض المبيع بمعنى موجب للضمان، وصار كأنه حبسه، فلو حسه ولم يسلمه سقطت حصته من الثمن، كذلك هذا.

٤٠١- إذا أحر عده ثم غلب عليه الكفار وأخذوه، ثم اشتراه صاحبه منهم في مدة الإجارة لم تعد الإجارة، وبطلت.

ولو زوج أمته ثم غلب عليها العدو ثم اشتراه منهم عاد الكاح.

(١) انظر المسوط للسر حسي (٣٩/٢٧)، وكذا للشيباني (٥٩٦/٤).

(٢) انظر المسوط للسر حسي (١٤٨/١٠).

والفرق أن الأسر يوجب زوال الملك، وروايل ملك المولى يوجب بطلان لاجلها. كما لو باعها برضا المستأجر.

وزوال ملكه عن المنكوحة لا يوجب بطلان الكاح، كما لو باعها.

كتاب الاستحسان والتحري والإباق

٤٠٢- ما يجوز للأجنبي أن ينظر إلى موضع الزينة الطاهرة من الحره، وهو الوجه والكف، لا يجوز له مسه^(١).

وما حار للأجنبي النظر إليه من الأمة، وهي الزينة الناطقة جاز له مسه.

وما يجوز لذوي الأرحام النظر إليه من موضع الزينة الناطقة، وهو رأسها وصدورها ويدها وعضدها وساقها يجوز له مسها.

وافرق أن طاهر قول الله تعالى: ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَنْصُرِهِمْ ﴾ [البور:

٣٠]، يوجب ألا يجوز للأجنبي النظر إليها أصلاً، إلا أن الضرورة أوجبت إباحة النظر إلى الوجه والكف، وهي حاجة الناس إلى مابعتها والتناول منها، وتحمل الشهادة، فحوزناه للضرورة ولا ضرورة بنا إلى اللمس فلا يجوز.

والضرورة داعية للأجنبي إلى النظر إلى الأمة ومسها عند البيع والشراء، ليعرف حافها فحوزنا ذلك لوجود الضرورة في الحالين، وأما في المحارم فالضرورة أيضاً داعية إلى اللمس كما أنها داعية إلى الطهر، لأنها تحتاج إلى المسافرة مع ذوي الأرحام، فتحتاج إلى أن ينزلها ويركبها، وتحتاج الأم إلى أن يخدمها ولدها، بذلك بدننها، يدهن رأسها، ويقبلها بلشفقة عليها، كما جوزنا النظر جوزنا اللمس لوجود الضرورة في الحالين.

٤٠٣- رجل دخل على قوم فدعوه إلى طعام أو شراب فقال واحد ثقة: هذا حرام أو ذبيحة محوسي، وقالوا: هو حلال، وفيهم أيضاً واحد ثقة فإنه يعمل عسى غلب طنه، فإن لم يكن له رأي جاز له أكله وشربه، ولا يعلب خبر الحاضر.

ولو روي عن النبي عليه السلام حبران: أحدهما حاضر والآخر مبيع، والراويان ثقتان فالحاضر أولى.

والفرق أنه لا يمكن الجمع بين قوليهما، لاستحالة أن يكون ماء واحد طاهراً ونجساً في حالة واحدة، ولأن الماء إذا تنجس لا يظهر بعد ذلك، فعلم كذب أحدهما لا

(١) انظر البحر الرائق (١٢٦/٧) وحاشية ابن عابدين (٢٣٧/٧) وقاوى السعدي (٢) (٧٨٠)، والمسوط للشيباني (٣١٠/٢) وبدائع الصنائع (٨١/٢).

محلة وكل واحد في جوار كونه كذب كصاحبه، فاسوبا وسقطا، كما قلنا في اشاهدين
إذا شهدا أنه قتل فلاناً يوم النحر بمكة، وشهد الآخر أنه قتل فلاناً يوم النحر بالكوفة لم
يقبل شهادة واحد منهما، وإذا سقطا رجعتا إلى الأصل، وهو ظاهر في الأصل، فحاز
استعماله

وأما الخيران فإنهما نقلتا لفظين في وقتين، ولا يستحيل وجودهما، لجواز أن يكون
محظوراً فاستيح فلم يتيقن بكذب أحدهما فقلباهما، إلا أن الحاضر كالمتأخر، لأن الحاضر
متحقق بعد ثبوت الإباحة فكان المتأخر أولى.

٤٠٤ - إذا كان في السماء علة وشهد واحد ثقة برؤية الهلال من رمضان قبلت
شهادته^(١).

ولا تقبل على هلال شوال وذو الحجة إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.
والفرق أن الشهادة على هلال رمضان لا تتضمن إيجاب مال، فحاز أن يقبل قول
الواحد الثقة وإن تضمنت إيجاب عادة كما لو روى خبراً عن رسول الله ﷺ.

وأما هلال شوال فيضمن إيجاب مال وهو صدقة الفطر، وفي الأضحى إيجاب
الأضحية، وإيجاب الأموال لا يجوز إلا برجلين أو رجل وامرأتين.

ومرق آخر وهو أن في الشهادة على هلال الفطر إيجاب حق على الغير من غير أن
يوجب على نفسه، لأنه يجوز أن يكون فقيراً فيلحقه التهمة، فلا يقبل قوله.

وليس كذلك هلال رمضان، لأنه يتضمن إيجاب الحق على نفسه وعلى غيره، وهو
الصوم فصار محبراً بإيجاب الحق على الاشتراك، فلم تنحصر التهمة فيه فقبل قوله.

ولأن في الفطر إسقاط حق الله تعالى عنه وعن غيره وهو الصوم فلا يجوز إسقاطه
إلا بما يجوز إسقاط سائر الحقوق به.

وأما في صوم رمضان فهو إيجاب عبادة على نفسه وعلى غيره ولا منفعة له فيه ولا
تلحقه تهمة فيه، فحاز أن يقبل قوله كأخبار الأحاد

٤٠٥ - ولو أن رجلاً تروح امرأة فقالت المرأة: أنا أرضعتها، أو هذه أختك وسعه
أن يكنها ويطأها، وكذلك لو اشترى حارية فجاء رجل آخر وقال: هذه حرة الأصل أو
أختك، وسعه أن يكذبه ويطأها.

ولو اشترى طعاماً فجاء رجل آخر وقال: هذه ذبيحة مجوسي، أو هذا الماء بحر

(١) انظر المسود للشيباني (١١٥/٣) وللرخسي (١٧١/١٠).

لم يسعه تناوله.

والمرق أن إباحة أكل الطعام لا يختص بالملك، لأنه لو قال: أكلت نك هذا الطعام وسعه أن يأكله، فزوال الإباحة بما يرول به الملك، فحار روال الإباحة بقول الواحد كما جاز إنشائه.

وليس كذلك البضع، لأن استحالة البضع تختص بالملك، لأنه لا يسناح إلا حدث بهن أو بملك نكاح فحار أن يختص زوال الإباحة بما يرال به الملك، وروال الملك بقول الواحد لا يجوز، كذلك روال الإباحة لو صح هذا أن إباحة البضع بما احتص بالملك، وإزالة الملك بقول الواحد لا يجوز، فقي الملك الموجب لإباحة الوطء، فقي الموجب وهو الإباحة.

وفي الطعام الملك ليس بشرط في إباحة أكله، لأنه يباح بالإباحة، والإباحة ترول بقول الواحد، فلم يكن الملك موجباً للإباحة، فلم يبق الموجب حجاز ألا يبقى الموجب. وجه آخر أنه وجد لإخبارها منازع، لأن أولياء المرأة يقولون ليس كذلك حتى عقدوا، وكذلك الأمة أقرت بالرق حين اشتراها، والآن تقر بالرق أيضاً، إذ ليس في المسألة أنها تدعى الحرمة فتعارض مولاهما، والطاهر جواز العقد بلا حرمة. وأما في اللحم فلا منازع بخبره، لأن البائع أخذ البذل عليه، فصار المشتري خصماً، فلا يقبل قوله فقد أخبر بالتحريم من غير منازع، فقبل قوله منه كما لو روى خبراً.

وفرق آخر أن تحريم المية أخف، بدليل أنها تباح بحال، وهو عند الضرورة، وتحريم البضع لا يرتفع بالضرورة، وإذا كان تحريم الميتة أخف جاز أن يعتبر التخفيف في سبه فيكون سبب ثبوته أخف، فيثبت بقول الواحد.

وابضع لما كان أكد كان سبب ثبوته أكد، فلا يقبل قول الواحد فيه.

وجه آخر أن التحريم في هذه الأشياء معتبر بالإباحة، بدليل أنه يدل على الإباحة فيزيلها، وإباحة الطعام تثبت بقول الواحد، وهو أن يقول: أكلت هذا الطعام، حل له، ولا يحتاج إلى قوله، فحاز أن يثبت التحريم فيه أيضاً بقول الواحد.

وإباحة البضع لا تثبت بقول الواحد، لأنه إذا روح أو وهب أو باع جارية فما لم يوجد من جهة الآخر قبول وقبض لا يباح له، فتحريمه أيضاً جاز ألا يثبت بقول الواحد.

٤٠٦ - ولو اشترى رجل طعاماً أو جارية أو ملكها بوجه هبة أو وصية أو ميراث فجاء مسلم ثقة فشهد أن هذا لفلان الفلان عصه منه الناع أو الواهب أو الميت، فأحب

إليها أن يتزوه عن أكله، وإن لم يتزوه كان في وسعه، وكذلك شراب في يد رجل أذن لأخر في شربه والوضوء به، فقال ثقة: هذا لملأه غصبه منه وسعه استعماله^(١). ولو كان في يده لحم أو ماء فقال: هذا الماء نجس، أو هذا اللحم ذبيحة محوسية لم يسعه أكله واستعماله.

والمرق أن كونه ملكاً لغيره لا يوجب تحريمه، بدليل أنه لو أذن له صاحبه في استعماله حار فلم يخسر بتحريم لحق الله تعالى، وإنما أخسر بتحريم لحق ملك الغير، والملك من حقوق الأديين، ونقل الملك وإنشائه يقول الواحد لا يجوز فلم يصير الملك لغيره بقوله بقي الملك فيه له.

وأما في ذبيحة المحوسية فقد أخبر بما يوجب تحريمه لأجل الحاسة وبكونه حراماً وهو حق الله تعالى، بدليل أنه لا يرتفع بإذن من جهة الأدي، وحق الله تعالى يثبت بقول الواحد، لأننا قد دللنا على أن إحصار الواحد في الديارات مقبولة في غير هذا الموضع.

وروجه آخر وهو أنه إذا قال: هو لملأه فلم يخبره بما يمسح تعلق حق الله تعالى به في استعماله، لأن كونه ملكاً لفلان لا يمسح وجوب استعماله عليه، لجواز أن يبيعه منه بئس مثله أو جهة له، والظاهر أنه ملك له في يده وله إباحته، فتعلق حق الله تعالى به في استعماله فلا يجوز إبطاله إلا بما يجوز أن يطل به سائر الحقوق.

وليس كذلك إذا أخبر أنه نجس، لأنه أخبر بما يمنع تعلق حق الله تعالى به في استعماله، وهو كونه نجساً، وإحصار الواحد في حق الله تعالى مقبول.

٤٠٧- رجل تزوج امرأة فأخبرها مخبر أن زوجها قد طلقك أو مات، وسعها أن تصدقه وتزوج، وكذلك لو قالت المرأة لرجل: قد طلقني زوجي وانقضت عدتي، وسع للأجي أن يتزوجها.

ولو أخبرت المرأة بأن النكاح كان فاسداً، وكان الزوج مرتدًا يوم العقد لم يسعها أن تتزوج، ولو أن المرأة قالت هكذا لم يسع الأجي أن يتزوجها.

والفرق أن في المسألة الأولى أخبرت بما ينسني على العقد الأول من الطلاق والموت، فكان إحصاراً بتحليل نفسها بسبب ممكن فصدمت، كما لو قالت: حصت أو طهرت وأنا مسلمة فتزوجني.

وليس كذلك المسألة الثانية، لأنه أخبر بما يصاد المعلوم الأول فلا يقل قوله، كما لو

(١) انظر نعمة الفقهاء للسمرقندي (٣/٣٣٧).

عائنه شيئاً فأخبره آخر أن ذلك الشيء لم يكن كذلك لا يدع معلومه بإخاره، كذلك هذا.
وإن شئت قلت: لإخباره ميازع وهو أولياء المرأة، لأنهم يقولون: عقده كان صحيحاً، فتعارض القولان فرجع إلى الأصل، والأصل أن العقد صحيح.
وأما في الطلاق وغيره فليس لإخارها منارغ، لأن أحداً لا يقول إنه لم يطلقها والزوج غائب فقبل قوله، لأنه إخبار ثقة في الديانات.
٤٠٨ - ولو أن رجلاً أقر بين يدي رجل: أبي قتل أمك عمداً، وسعه أن يقتله بإقراره. ولو شهد عمده شاهداً أنه قتل أباه عمداً لم يكن للابن أن يقبله إلا بقضاء القاضي.

والمرق أنه وجد ما يوجب الحق، لأن نفس الإقرار يوجب الحق، بدليل أنه ليس للقاضي اجتهاد في قبوله ورده، ولهذا قال أصحابنا: لو أن إنساناً يقر لأحد بدين وسعه أن يشهد على إقراره، لأنه عاين ما يوجب الحق، وبدليل أنه لو رجع عن الإقرار لا يصح، فقد علم ما يوجب الحق له، فكان له أن يستوفيه كما لو شاهد القتل.
وليست كذلك الشهادة، لأن نفس الشهادة لا توجب الحق، بدليل أن للقاضي اجتهاداً في قولها وردها، ويصح الرجوع عنها.

وهذا قلنا: إنه لو رأى رجلاً يشهد آخر على شهادته لم يسع لها أن يشهد على شهادته ما لم يشهده في نفسه، لأن نفس الشهادة لا توجب الحق، فلم يوجد ما يوجب القتل، فلم يجوز له قتله.

وليس كذلك إذا قصى القاضي بالشهادة، لأن الشهادة لما اتصلت بالقضاء صارت موجبة لحق، بدليل أنه ليس للقاضي اجتهاد في إبطالها بعد القضاء، ولا يجوز له أن ينقض قضاءه، فقد وجد ما يوجب الحق، فجاز له أن يستوفيه.

٤٠٩ - إذا شهد شاهداً عند امرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً، وحشد الزوج لم يسعها أن تمكن نفسها من الزوج، ولزمه الحكم بقول الشاهدين.
ولو أن شاهدين قالاً لرجل: إن فلاناً قتل أباك عمداً لم يسعه أن يأخذ بقولهما ويقتله.

والفرق أن الشهادة على القتل تفتضي ثبوته، وثبت القتل لا يدل على ثبوت القصاص، لجواز أن يرد معنى يطله ويسقط القصاص بعده، وإذا لم يشهدوا على ثبوت القصاص لم يسعه أن يقتله.

وليس كذلك الطلاق، لأن الطلاق الثلاث يوجب تحريم البضع لا محالة، والشهادة

عليه توجب ثبوته، ثم بعد ثبوته لا يمكن إبطاله وفسخه، بصار كما لو عاينت الطلاق الثلاث، ولو عاينت الطلاق الثلاث منه يلزمها امتناع النفس، كذلك هذا ٤١٠- إذا اشتبهت القملة على الرجل فلم يتحرر، وافتتح الصلاة إلى جهة، ثم علم أو كان أكثر رايه في الصلاة أنه صلى إلى القملة لم تجز صلاته حتى يستقبلها بتكبير مستأنف.

ولو علم بعد فرائعه من الصلاة أنه صلى إلى القملة جازت صلاته. والفرق أنه قدر على أصل فرضه في الصلاة، لأن أصل فرضه القملة لا ما أدى اجتهاده إليه، فيلزمه الاستقبال، كالمتميم إذا وجد الماء في خلال الصلاة. وليس كذلك بعد الفراغ، لأنه قدر على أصل فرضه بعد فرائعه من الصلاة فلا تلزمه الإعادة، كالمتميم إذا وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة. ٤١١- إذا اختلطت جاريته بحواري غيره، أو امرأته بنساء غيره، أو قاتل أبيه برجال آخر لم يجز له أن يتحرر.

وإذا اختلط مسلوخة مئة بمساليخ مذكاة جاز له أن يتحرر، ويأكل ما يؤدي اجتهاده إلى أنها مذكاة. والفرق أن الاشتباه عذر، فقد أكل مما يستباح للعذر بحال وهو عند الضرورة، ولذلك يجوز التحري فيه.

وليس كذلك الجواري، لأن الاشتباه نوع عذر والإيضاح لا يستباح للعذر عند الضرورة، وكذلك قتل النفس - فلا يجوز له التحري فيهما.

٤١٢- ودك الميتة إذا اختلط بالسمن، والسمن هو الغالب جاز بيعه، وإن كان الودك هو الغالب لم يجز بيعه. والزيت إذا وقعت فيه فأرة أو نجاسة جاز بيعه. والفرق أن الغالب إذا كان هو الودك فلا يصير مستهلكاً في السمن، فثبت حكمه بنفسه، فهذه نجاسة من طريق العين، وعقد السع يقع على العين، والعين ودك الميتة، وعقد اسع على الميتة لا يجوز، وإن كان الغالب هو السمن صار الودك مستهلكاً فيه إذ الأقل يجعل تبعاً للأكثر فكان الجمع سماً فجاز بيعه^(١).

وليس كذلك الفأرة إذا وقعت في الريت، لأن هذه نجاسة من طريق المجاورة، والعقد يقع على العين، والعين ظاهرة فمجاورة النجاسة لا يمنع جوار البيع، كالشوب

(١) انظر البحر (٢٥٠/١) والمسبوط (١٩٧/١٠، ١٩٨).

الحس إذا بيع.

٤١٣- إذا كان في سفر وليس معه إلا ثوبان: أحدهما طاهر والآخر يحس، محرم وعلب في طه أن أحدهما طاهر، وصلى الطهر في أحدهما، ثم دخل وقت العصر فأدى غالب طه إلى أن الآخر طاهر، لم يجر له أن يصلي في الثوب الآخر، وعلمه أن يصلي في الثوب الذي صلى فيه الطهر.

ولو اشتبهت عليه القبلة فتحرم وصلى إلى جهة صلاة الطهر، ثم أدى عالب طه في وقت العصر أن القبلة إلى جهة أخرى جاز له أن يصلي العصر إلى الجهة الأخرى والمرق أن فرضه في باب القبلة عند الاشتباه ما يؤدي إليه اجتنبه، بدليل أنه أدى اجتنبه إلى أن القبلة في هذه الجهة، وتركها وتوجه إلى جهة أخرى، ثم تبين أنه أصاب القبلة لم تحز صلاته، فإذا أدى اجتنبه مرة إلى جهة أمها القبلة لم يصير ذلك قفة له أبدًا، فهي على اجتنبه، فحار له أن يتحرى وقت العصر ثانيًا ويجهت.

وليس كذلك الثوب، لأن فرضه في باب الثوب أداء العصر في ثوب طاهر، لا ما يؤدي اجتنبه، بدليل أنه لو تحرى وأدى اجتنبه إلى أن هذا الثوب طاهر ثم تركه، وصلى في الثوب الأخرى ثم تبين أنه صلى في الثوب الطاهر جازت صلاته، فإذا تحرى وصلى الطهر في ثوب حكمنا بجواز صلاته فيه، فقد حكمنا بطهارة ذلك الثوب، والحكم بطهارة ثوب واحد حكم بنجاسة الثوب الآخر، فإذا صلى العصر فيه، فقد صلى في ثوب حكم بنجاسته، فلم تجز صلاته.

٤١٤- إذا أجر الرجل عبده سنة للخدمة، ثم اعتقه في خلال السنة، ولم يقض المولى الأجر، فاختار العبد المضي على ما مضى للمولى وما بقي للعبد.

ولو أن المولى قبض الأجرة في أول السنة والمسألة بحالها فجميع الأجرة للمولى. والفرق أن المولى يعقد الإجارة لزمه تسليم النفس في كل ساعة، فصار كامتدئ للعقد في كل ساعة، ولو عقد بعد عتقه وقف على إحازته واختياره، كذلك هذا، فإذا أجاز فقد تم العقد بإجازته، فصار كقولته بنفسه، ولو عقد بنفسه سلمت الأجرة له، كذلك هذا، وما مضى في حال الرق إما تم العقد بإجازة المولى، والأجرة وجبت في الحال، وهو رقيق، فسلمت له.

وأما إذا قبض الأجرة في أول السنة، فقد ملك الأجرة بالتعجيل في حال الرق، ولا يزول ملكه بعتق عبده، كما لو زوج أمته ثم اعتقها، فالمهر للسيد سواء قبض أو لم يقبض لهذا المعنى أن المهر يجب بنفس العقد، ووجد العقد في حال الرق، فسلم له المهر.

كذلك هذا.

٤١٥- ولو أجر العبد نفسه بغير إذن المولى، وقبض الأجرة أو لم يقبضها حتى عتق بأجرة ما مضى في حال الرق للمولى، وما بقي في حال العتق للعبد. ولو كانت الإجارة بإذن المولى، أو تولى بنفسه فالأجرة المقبوضة للمولى خاصة. والفرق أن العبد إذا أحر نفسه فالعقد باسد، فلا تملك الأجرة فيه إلا بتمام العمل، ولا تملك بالقض، فاستوى وجود القبض وعدمه، ولو لم يقض لكان أجر ما مضى للمولى، وما بقي للعبد، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كان العقد بإذن المولى أو أجره بنفسه، لأن العقد هناك صحيح، فإذا عطلت الأجرة ملكها المولى بالتعجيل في حل رقه فكان له كما قلنا في مهر الجارية. ٤١٦- إذا أبق العبد فوهبه مولاه من ابنه الصغير جاز.

وإن وهبه لرجل آخر أجنبي لم يجز والفرق أن إياقه لم يرل يد المولى عنه، بدليل أنه لا يثبت لغيره يد عليه، فبقي حكم يد المولى، وهته من ولده الصغير بيده له جائزة، كما لو كان حاضرًا فوهبه من ابنه، ولم يسلمه إلى أحد جاز، كذلك هذا. وليس كذلك إذا وهبه من أجنبي، لأن الهبة للأجنبي لا تتم إلا بالتسليم، والتسليم في الأبق لم يوجد فلم تجز الهبة.

٤١٧- إذا أحر الأب ابنه الصغير، أو أجر الوصي اليتيم مدة، فبلغ اليتيم قبل انقضاء مدة الإجارة، فله الخيار.

ولو أحر عبداً له أو داراً له، فبلغ قبل مضى مدة الإجارة فلا خيار له. والفرق بينهما أن الغضاضة تلحقه في أن يكون أحر القوم بعد البلوغ ولا تلحقه اعضاضة في حال الصغر، لأن العادة جرت بأن الصبيان يؤجرون ليتعلموا الحرف، فإذا لحقه الغضاضة صار عبداً، فجاز له أن يفسخها. وليس كذلك إذا أحر داره أو عبده، لأنه لا تلحقه الغضاضة، بأن يكون ملكه في حكم إجارة غيره، فلم يصر عبداً والإجارة لا تفسخ إلا بعذر، ولم يوجد فقيت الإجارة.

٤١٨- إذا جاء رجل بالأبق إلى صاحبه فله أن يمسكه حتى يأخذ الجمل. ولو استأجر حمالاً ليقل حمولة إلى مرله، فنقل الحمولة إلى منزله - لم يكن له أن يمسكها حتى يستوفي الأجرة.

والفرق أن إتيان العبد جناية منه، إذ لو لم يكن جناية لكان خروجاً برصاً المحل ولا يكون إتياناً ورده إبراء له من الجناية، بإذن مالكه حكماً واحداً له، فصار كما له كان موهوباً فقصى الدين يردن الراهن فله إمساكه، ليرد عليه ديه، كذلك هذا وليس كذلك الحمل، لأن العين المحمول له لم يشت له حكم الجناية والإتيان، منه يكن بقوله إحياء لملكه، وإنما عمل له عملاً لم يكن له أثر في عين ذلك الشيء، فله يكن له حسبه به كسائر أمواله غير الشيء المحمول. والله أعلم.

كتاب الغصب

- ٤١٩- إذا استولى على دار إنسان فأنهزم من غير فعله فلا ضمان عليه.
- وقال في الرجوع عن الشهادات: إذا شهدوا لرجل بدار فحكم الحاكم بشهادتهم، ثم رجعوا بعدما أهدم الدار ضموا قيمته.
- والفرق أن الشهود بشهادتهم أتلوا الملك على المشهود عليه، بدليل أنه لو أقام البينة لم تقبل منه، فقد نقلوا الملك منه إلى غيره على وجه التعدي فصنوا.
- وفي الغصب بالاستيلاء لم ينقل الملك ولا العين ولم يلقه، فاستحال وحبو الضمان عليه، كما لو حبس رجلاً حتى ضاع ماله.
- ٤٢٠- رجل غصب من رجل جارية وباعها من غيره، فاستولدها لمشتري، ثم استحقها صاحبها وأخذ قيمة الولد والعقر رجع المشتري على البائع بتلك القيمة. ولا يرجع بالعقر.
- والفرق أن الولد يستحق بالعقد، بدليل أنه يجوز إفراده بالعقد، وبدليل أنه لو حدث عند النائع عيب قبل القبض فسلمه مع الأم - كان له حقه من الثمن، حتى يرد بالعيب، فقد يضمن بالعقد سلامة الولد من غير بدل، ولم يسلم له، فكان له الرجوع عليه بالثمن، دليله الأم.
- وليس كذلك العقر، لأن الوطء لا يستحق بالعقد، بدليل أنه لا يجوز إفراده بالعقد، وبدليل أنه يجوز العقد على جارية لا يحل له وطئها، فلم يضمن بالعقد سلامة الوطء له من غير بدل، فلا يكون له الرجوع عليه.
- ٤٢١- إذا غصب دابة فقطع يدها أو رجلها، فإن كانت دابة لا يؤكل لحمها عرمة كمال القيمة.
- وإن كانت مما يؤكل لحمها غرمة النقصان إن شاء وأمسك العين، وإن شاء صبه كمال القيمة والدابة له.

والفرق أنه فوت معظم مافعها حية، ولم يفوت مافعها مذبوحة، فقد فوت بعض مافعها وبقي البعض - فله أن يصمه النقصان، كما لو قطع أذنها.
وليس كذلك إذا كانت دابة لا يؤكل لحمها، لأنه فوت جميع مافعها. لأنها لا تصلح للركوب والحمل عليها ولا للأكل، فصار كما لو قتلها ولو قتلها غرم كمال قيمتها، كذلك هذا.

٤٢٢ - لو عصب جند ميتة من إنسان فديعه بشيء له قيمة مثل العفص وغيره فملاحه أن يأخذه ويعطيه ما زاد الدناغ فيه^(١). ولو عصب خرواً من مسلم وألقى فيه شيئاً له قيمة فأنحذها خلاً فلا سبيل لملاحها عليها، ولا شيء له عليه، وإن صارت خلاً بنفسها أو جعلها خلاً بشيء غير متقوم من ملكه فملاحها أن يأخذها، ولم يكن عليه شيء.
والفرق أنه لم يحدث في الجلد ما أزال الاسم الأول، ولم ينقصه من جنسه إلى جنس آخر، فلم يقطع حق صاحبه عنه، والصعب عين ملك قائم له فيه، فلم يحر تمككه عليه من غير بدل، فإذا أخذه ضمنه له.

وليس كذلك الحمر، لأنه أحدث فيه من ملكه ما أزال الاسم الأول، ونقله من جنسه إلى جنس آخر، لأنه خلط عين ملكه به وهو قائم فيه، ولا يمكن تمييزه فانقطع حق صاحبه عنه، كما لو عصب حطة بطحها، وليس له عين ملك قائم فيه، لأن الحمر لم يكن مالا فلم يضمن له شيئاً فبردها، وأما إذا لم يلق فيها شيئاً فهو عين ملكه انتقل من جنس الحميرية إلى جنس الحبل، فكان له كما لو صار خلاً في يد صاحبه.

٤٢٣ - إذا عصب جارية فحبلت عنده ثم ماتت من الولادة في يد المولى ضمن كمال قيمتها، وجعل كأنها ماتت في يد الغاصب عند أبي حنيفة (رحمة الله عليه). ولو عصب جارية حبلى فولدت عند الغاصب فماتت من الولادة ضمن الغاصب قيمتها ناقصة بالحبل، ولم تجعل كأنها ماتت في يد المولى.

والفرق أن الحبل في يد الغاصب مضمون عليه، وما يتولد من المضمون يكون مضموناً فتلفت في صماته.

والحبل في يد المولى غير مضمون، فما يتولد منه لا يسند إليه، وجعل كأنها ماتت في غير الحبل، ولو كان كذلك يضمن الغاصب قيمة الجارية ناقصة، كذلك هذا.

٤٢٤ - إذا عصب جارية فولدت عنده ونقصتها الولادة وماتت الأم وبقي الولد

(١) انظر البحر الرائق (٨/١٤١، ٣٢١)، والسرط (١١/٩٦، ١٠٥)، والذائع (٧/١٦٣، ٢١٤).

صمن قيمة الأم يوم العصب، ويرد الولد، وكذلك ذكر في البيوع لو باع حابة بعد، يتن إلى أجل، فالسع فاسد، فإن ولدت في يده وماتت الأم وقد نقصتها الولادة عزم قيمة الأم ولا يجبر نقصان الولادة بالولد.

وقد قالوا في اعصاب إذا قتل الجارية المغصوبة بعد ولدت في يده وقتل الولد أيضًا بقيمة الجارية ألف وقد نقصتها الولادة مائة وقيمة الولد مائتان، فإن العاصب يضمن قيمة الجارية ألفًا ويضمن من قيمة الولد مائة، ويجبر نقصان الولادة بقيمة الولد.

والفرق أن الجارية لما ماتت وجب إسناد الصمان إلى حالة العصب، لأنه ليس هناك حالة أخرى يمكن إسناد الصمان إليه، وبذلك أنه يراعي قيمتها وقت العصب وحالة العصب هي كاملة، فإذا صمن قيمتها بكمالها استغنى عن الجبر بالولد، وكذلك لا يجبر نقصانها بالولد وليس كذلك إذا قتلها، لأنه وجد هناك حالة أخرى يجب الضمان به غير حالة العصب وهي القتل، فيمكننا تضمينه في تلك الحالة ناقصة، ويجبر النقصان بقيمة الولد.

٤٢٥ - إذا عصب حارية فولدت ونقصتها الولادة وماتت الأم - صمن قيمة الأم ولا يجبر نقصان الولادة بالولد. ولو لم تمت الأم ردها، وجبر نقصان الولادة بالولد.

والفرق أن الجبران إنما يتصور بعد بقاء الأصل، فإذا بقي الأصل جاز له أن يجبر انقضاء، وإذا فات الأصل لم يتصور الجبران، والدليل عليه سجود السهو لما كان جبرًا للصلاة لم يثبت حكمه إلا بعد بقاء الصلاة، حتى أنه لو سها في صلاته ثم أمسدها لم يلزمه قضاء سجود السهو، ولو لم يفسدها لزمه قضاء سجود السهو، كذلك هذا، وكذلك لو جاوز الميقات غير محرم لزمه دم فلو فسد الحج أصلاً بعد ذلك سقط الدم عنه، ووجب القضاء، فسقط الجبران عند فوت الأصل، ولا يسقط مع بقائه ههنا، كذلك هذا.

ووجه آخر: أن الأصل صار مصمومًا عليه عند التلف، فجاء أن يسقط ضمان الأجزاء، كما لو قطع يد عبد ثم قتله، فإنه يسقط عنه ضمان اليد، فصار كأنه قتله ولم تقطع اليد، كذلك هذا صار كأنها ماتت ولم ينقصها الولادة.

وليس كذلك إذا لم تمت، لأن الأصل لم يصير مصمومًا عليه، فجاء أن يجب ضمان الأجزاء، كما لو قطع يده ولم يقتله.

ووجه آخر أن الولد بعض من الأم، فلو جبرناها به لأقمنا بعض الشيء قائمًا مقام كله عند قوائمه، وهذا لا يجوز، لأن الكل قوي.

وليس كذلك إذا لم تمت الأم، لأنها لو جورنا ذلك لأقمنا بعض الشيء مقام بعضه. وهذا جائز، إذ البعض نظير البعض، ومثله في الصعف، فجاء أن يقوم مقامه بخلاف الكل.

٤٢٦- إذا غصب مملوكًا أمرًا فحرج وجهه، وردّه لم يعرم شيئًا آخر، ولا يكون ذلك عيبًا. ولو غصب غلامًا شابًا، فصار شيخًا في يده ثم رده - فإنه يقوم شابًا وقبحه شيخًا فيصن فصل ما بينهما.

والفرق أن اللحية ليست بمقصان، بدليل أن من حلقها لم تثبت صمى أرشها. فصار هو زيادة، والزيادة لا تكون عيبًا ومقصانًا. وليس كذلك الشيخوخة، لأن الصفة تتغير والقيمة تذهب والقيمة تنقص، فصار كقطع عضو منه.

٤٢٧- إذا غصب عصيرًا فصار خلا، ولنا فصار ماخصًا واختار صاحبه أخذه لم يكن له أن يصمى الغاصب النقصان^(١). ولو غصب ثوبًا فقطعه فلصاحبه أن يأخذه ويضمه النقصان^(٢).

والفرق أن العصير واللبن مما يجري فيهما الربا فلو جوزنا أن يأخذ النقصان لصار معترضًا عن الجودة بدلًا، فيحصل له مثل كيله ووزنه وزيادة، فكان ربا فلم يكن له أن يصمى النقصان، (كما لو غصب حنطة فأصابها ماء فعقت فاختار صاحبها أخذها لم يكن له أن يضمه النقصان) كذا هذا.

وليس كذلك الثوب، لأن الثوب مما يجري فيه الربا فإذا أخذ عن النقصان بدلًا صار معترضًا عن الجودة والقيمة في الثوب فلا يؤدي إلى الربا فحاز، كما لو غصب عبداً وقطع أصبعًا منه ضمن النقصان، كذلك هذا.

٤٢٨- رجل غصب ثوبًا وعصفرًا لرجل واحد فنصفه به فلصاحبه أن يأخذ الثوب مصوغًا ويرثه من الضمان^(٣).

وإن كان الثوب لواحد والصغ لآخر وقد صغف الغاصب به فرضًا بأخذه وأبرأه من النقصان لم يكن لهما ذلك إلا برضاه، ولم يكن لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب ويرد على الغاصب ما زاد قيمة الصبغ، ويتع صاحب العصفر الغاصب بعصفر مثل عصفره. والفرق أن الصبغ إذا كان لواحد والثوب لآخر فإذا صغفه به صار الصبغ مستهلكًا في ملك غيره، وزال ملك صاحبه عنه، ووجب عليه مثله، فلم يكن لصاحبه عليه سبيل بعد روال ملكه.

(١) انظر. تحفة العقباء (٩٢/٣)، والبحر (١٤١/٨)، والبدائع (١٦٠/٧)، والبدائع (١٦٣).

(٢) انظر تحفة العقباء (٩٢/٣). وشرح فتح القدير (٤٩/٧)، والبدائع (١٥٠/٧).

(٣) انظر الهداية (١٧/٤)، والبحر (١٣٤/٨)، والبدائع (١٦٢/٧).

وليس كذلك إذا كان لواحد، لأن مال الإنسان لا يصير مستهلكاً بخلطه بماله وإنما يصير نقصاً، فلم يرل ملك صاحبه عن الصيغ فلا يصمه، وكان لصاحب الثوب أحدهم ٤٢٩ - إذا اشترى بالدراهم المعصوبة ثوباً وسعه التصرف في الثوب، ولو اشترى بالدراهم المعصوبة دنانير لم يسعه التصرف في الدنانير.

والفرق أن الشراء يقع بمضمون في دمة المشتري، ثم يصير قصاصاً بالمقوص فإذا كان المقوص معصوباً لم يصير مالكة وبالأخذ لم يصير قصاصاً، فكأنه اشترى بدين في ذمته بقي ملكه في الثوب، فحاز تصرفه فيه.

وليس كذلك الدنانير، لأنه يقع بمضمون في الذمة، لأن التقابض في المجلس شرط، لأنه صرف فإذا لم يسلم له المقبوض لكونه معصوباً وجب رد الدنانير، ويصير كالمقبوض على عقد فاسد، فلم يسعه التصرف فيه.

وهذا المعنى قال أصحابنا: إنه لو غصب ثوباً فاشترى به جارية لم يحل له وطؤها، لأن الثوب لو استحق يتعين في العقد، فإذا استحق وجب عليه رد الجارية، فهي مقبوضة على عقد فاسد، ولو تزوج على ثوب معصوب حل له وطء الروجة، لأن الثوب لو استحق لم يفسخ الكاح، وإنما يعزم قيمة الثوب.

٤٣٠ - إذا استأجر المعصوب منه العاصب أن يعلم العبد الخبز والكتابة وذلك جائز وهو في يد الغاصب على ضمانه، ولو كان العاصب ثوباً فاستأجر صاحب الثوب الغاصب أن يقتله فهو جائز، ولا يخرج ذلك من الضمان. ولو كان المعصوب عبداً فأجره من الغاصب للخدمة، أو كان ثوباً فاستأجره ليلبسه، أو كانت دابة فاستأجرها ليركبها، فقل العاصب الإجارة برئ العاصب من الضمان.

والفرق أن استئجار الغاصب على تعلم العبد الخبز وقتل الثوب لا يقتضي ثبوت يده عليه، لأنه قد وقع العمل فيه وهو في يد المولى، فلم يوجب له يده فيه، فلم يبرأ عن الضمان.

وبين كذلك إذا استأجره للخدمة أو للس أو الركوب، لأن العقد على الركوب يقتضي تسليم الدابة إليه، ليجب الأجر بالتسليم، وكذلك اللبس والخدمة، بدليل أنه لو سلم ولم يركب واستصحه ماشياً في الطريق استحق الأجر، فقد أوجب له يده فيه من جهة نفسه، فكأنه ارتجعه منه ثم أجره إياه.

٤٣١ - إذا غصب صبيّاً حرّاً فقتله إنسان في يد العاصب فلولي الصبي أن يصير

العاصب دية^(١). ولو أمسك رجلاً حتى جاء آخر وقتله لم يصم الممسك.
والفرق أن العاصب قرب الصبي من الإتيان، لأنه لو كان في يد والديه دفعوا
القائل عنه، فصار بتفريه مشئماً التلغ فصار جانياً، فصم، كما لو حمل السيف عليه أو
ألقاه عليه أو حفر بفرأ ودفع إنساناً فيها.
ويعتبر كذلك الممسك، لأنه لم يقر به إلى الإتيان، لأنه باق على مكانه وهو
مسب فقط غير نافل ولا جان وبمجرد التسبب لا يضمن، كحافر البئر وواضع الحجر في
الطريق.

٤٣٢- إذا غصب عبداً فقتل العبد في يده قتيلاً فردّه على صاحبه فعده أو دفعه في
الدية رجع السيد على العاصب بالأقل من قيمه ومن أرض الخناية. ولو غصب صبي حراً
فقتل عنده قتيلاً لم يصم العاصب شيئاً.
والفرق أن العبد كان في ضمان العاصب، بدليل أنه لو مات وجب الصمان عليه
وقد يستحق أرض الخناية بسبب أنه كان في ضمانه، فكأن العاصب أخذ ذلك العبد من
ماله وسلمه إلى المستحق يضمن.
ويعتبر كذلك الصبي، لأن الصبي لم يدخل في ضمان العاصب، بدليل أنه لو مات لا
يضمن فلم يستحق الأرض عليه بمعنى في ضمانه، فلا يضمن، كما لو لم يقبضه، وإنما
يضمن الجناية عليه، لأنه كالمقرب إياه من الجناية.

كتاب الصيد والذبائح

٤٣٣- إذا رمى صيداً في الهواء فأصابه السهم، فوقع في ماء، فمات لم يحل له
أكله. ولو دبح شاة فقطع الحلقوم والمريء، ثم وقعت في ماء فماتت حل أكلها^(٢).
والفرق أن الرمي ليس بذكاة مستقر حكمها، بدليل أنه لو أدركه حيّاً لرمه ذبحه،
فوقع التلغ بمعنى ليس بذكاة بعده توجب التحريم، كما لو لم يرمه ووقع الماء. وليس
كذلك قطع الحلقوم، لأنها ذكاة مستقرة، فوجود ما ليس بذكاة بعده لا يسع إباحته كما
لو ذبحه مسلم ثم جاء بمجوسي وأبان رأسه.
٤٣٤- إذا رمى صيداً في الهواء فأصابه موقع على جبل فتردى منه فوقع على

(١) انظر الهداية (٢١٥/٤)، والبحر (٤٤٥/٨) وحاشية ابن عابدين (٥٤٤/٦).

(٢) انظر تحفة العقباء (٧٤/٣).

الأرض ومات، أو وقع على رمح منصوب أو حجارة محددة أو في ماء فمات لم يحل^(١). ولو وقع على الأرض فمات يحل.

والفرق أن وقوعه في الماء وترديه من الحبل ليس من موجب الرمية، لجواز أن يصيبه السهم فلا يسقط في الماء، فإذا وقع في ماء يجوز وقوع التلف منه فقد اجتمع فيه ما يقع به الذكاة وما لا يقع، محرم أكله، دليله لو شاركه بحوسي في ذبحه.

وليس كذلك إذا سقط على الأرض، لأن سقوطه على الأرض من موجب الرمي لاستحالة أن يبقى في الهواء ميتاً، فقد تلف بمعنى هو من موجب الرمي، فصار كما لو كان على الأرض فأصابه السهم، فمات فإنه يحل كذلك هذا.

٤٣٥- إذا أرسل كله على صيد فأخذه وتجاوز منه إلى غيره فأخذه حل أيضاً. ولو وقف عليه طويلاً ثم أخذه لم يحل.

والفرق أن تلك الجهة جبة ذكاة، بدليل أنه لو لم يأخذ إلا واحداً لوقع فعله ذكاة، وحل أكله فما أخذ في تلك الجهة يكون مذكاة، وقد أصاب الثاني في تلك الجهة، لأن انفصل بينهما نقل لا يقطع تلك الجهة إذا لم يشتغل بعمل آخر، ولم يمكث طويلاً وقليل الفصل لا يقطع الجهة فحل الجميع، كما لو رمى صيداً فتمد وأصاب غيره حل الجميع، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا جثم عليه طويلاً لأنه جثم طويلاً فقد انقطعت تلك الجهة، لأن الفصل بينهما يكثر فصار ابتداء الثاني ذهاب من غير إرسال، فلم يحل، كما لو رجع إلى صاحبه، ثم ذهب تنصه واصطاد.

٤٣٦- وإذا رد سبع أو كلب غير معلم صيداً على كلب معلم فقتله لم يحل أكله. ولو رد بحوسي عليه صيداً حتى قتله حل أكله.

والفرق أن رده عليه إعانة له، والإعانة على صريين: إعانة بالسبب وإعانة بالمشارة، والكلب ليس من أهل الإعانة بالسبب، لأن الإعانة بالسبب أن يحد الشفرة، أو ينصب الشبكة، أو يحفر حفيرة، ويستحل وجود ذلك من الكلب، فجعل إعانته بالمشارة دون السبب، والإعانة بالمشارة ممن لا يقع بفعله الذكاة، فهو يوجب التحريم كما لو باشره ذلك الكلب الآخر معه، أو شارك المحوسي المسلم في ذبح شاة.

وليس كذلك إذا رده عليه بحوسي، لأن رده عليه إعانة له، والإعانة بالسبب من

(١) انظر تحفة الفقهاء (٢/٢٤).

المجوسي نصح لأنه يمكنه أن يحد السكين، ويشد قوائم الصيد، فحعل رده سباً إذا وجد ممن لا تقع به الدكاة لا يحرم، كما لو شد المجوسي قوائم الشاة فأنبحها المسلم يحل، كذلك هذا.

٤٣٧ - الجراد إذا ماتت بغير سب حلت^(١).

والسمك إذا ماتت بغير فعل أحد وطفأ كره.

ومن أصحابنا من قال: إنما يكره، لأنه إذا طفا نتن وتغير فكره أكله كما يكره أكل لحم المتن، وأما الجراد فلا يتغير ولا ينتن يحل.

ومن أصحابنا من قال: إن السمك إذا مات بغير فعل أحد ولم ينتن يكره أيضاً، وفرق بينه وبين الجراد.

والفرق أن الجراد لا يتغير بمضي الأيام عليه، ولا يحله نحاسه الموت إذا صار بحالة لا يرد عليه الفساد طهر وهو جلد الميتة إذا وقع في ماء فإذا قارب الموت ما لا يرد عليه الفساد أولى ألا يحسه.

وأما السمكة فإنها تنتن بهرور الأيام عنيها فموته بغير سبب ينحسه كلحم الميتة.

٤٣٨ - إذا أرسل الكلب على صيد فاشتبه منه قطعة في حال اتباعه فأكله ثم اتبعه فأخذه وقتله لم يحل أكله.

وإن ألقى تلك القطعة واتبع الصيد وأخذه وقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم عد فأكل تلك القطعة حل أكله.

والفرق أنه لما لم يسلمه إلى صاحبه حتى أكل منه علم أنه أمسكه على نفسه دون صاحبه، فخرج عن حد التعليم، فصار صيد كلب غير معلم، فلا يحل، وليس كذلك إذا سلمه ثم أكل، لأنه لما سلمه إليه فقد تم إمساكه في جهة الإرسال، ولم يجب عليه الإمساك بعد ذلك، وهذا الجزء منه ميتة، فقد أكل ما لم يجب عليه إمساكه على صاحبه، فلم يخرج عن كونه معلماً، كما لو سلحه صاحبه ثم جاء وأكل من لحمه لم يحرم أكله، كذلك هذا.

٤٣٩ - إذا رمى بالمعراض إلى الصيد فأصابه بعرضه فحرقه لم يحل أكله.

وإن أماته بجلده وقطعه وبعضه حل^(٢).

(١) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١٢٥).

(٢) انظر البحر الرائق (٢٦٠/٨) ونبذائع الصائغ (٤٩/٥).

والفرق أن ما يحصل من الحرح بعرض المعراض أو السهم فهو شئ، وليس يحرق ولا قطع فلا يحل لقوله عليه السلام: «وإن لم يحرق فلا تأكل»^(١) ونقله تعالى: ﴿وَالْمَوْقُودَةُ﴾ [المائدة: ٣].

وليس كذلك إذا أصاب حده، لأنه قطعه بحده، فصار كما لو قطعه بالسهم والمزراق والسيف، والأصل فيه قوله «إذا خرق المعراض فكس»^(٢).

٤٤٠- بشر عن أبي يوسف لو أن رجلاً أضجع شاة لينحها وسمى ثم بدا له فأرسلها وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية الأولى لم يحز، لأنه ترك التسمية. ولو رمى صيداً فأخطأه وأصاب آخر فقتله فلا بأس بأكله.

والفرق أنه يقدر على أن يسمي على كل ذبيحة، فإذا سمي وقعت التسمية الأولى فإذا لم ينحها وذبح الثاني لم تقع التسمية للثاني فقد دبح من غير تسمية فلم يحز. وليس كذلك الرمي، لأنه لا يقدر على تعيين التسمية من الصيد، لأن الرامي قد يقصد الرمي إلى الصيد فيصيب غيره، كما أن الكلب قد يرسل على صيد فيأخذ غيره. فصار عذراً وسقط تعيين التسمية للعذر، فاستوى إصابة الأول والثاني، ولو أصاب الأول حل كذلك الثاني.

ولهذا المعنى قلنا: لو نظر إلى صيود فأرسل كلباً وسمى فأى صيد أخذه وقتنه حل، ولو نظر إلى أعنام وسمى ثم أخذ واحدة وذبحها وظن أن التسمية الأولى تحزبه لم يحز. وجه آخر هو التسمية في الرمي تعين وقت الرمي، لا وقت الإصابة، بدليل أنه لا يمكن من التسمية حالة الإصابة، لأنها ليست من فعله فاستحال أن يتوجه عليه به تكليف، وقد وجدت التسمية وقت الرمي فحل.

وليس كذلك الذبيح، لأنه عين التسمية في الذبح وقت القطع، بدليل أنه يمكن من التسمية في تلك الحالة فاستحال أن يشترط التقديم من غير عذر، ووقت ذبح الثاني لم توجد تسميته فلا يحل.

٤٤١- ولو أن رجلاً ذبح شاة وسمى، ثم ذبح أخرى وظن أن التسمية الأولى حازية عساهما لم تؤكل فلا بد من أن يحدث لكل ذبيحة تسمية. ولو رمى بسهم فقتل به

(١) رواه أبو يوسف في الآثار (ص ٢٤١)، (١٠٦٣)، قال: عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال...مذكروه.

(٢) انظر الآثار (ص ٢٤١)، والمسبوط (٢٢٢/١١). قلت: وأصل ذلك ما رواه البخاري (٧٥٢/٢)، ومسلم (١٥٢٩/٣) وانظر الدراية للحافظ (٢٥٥/٢)، ونصب الراية (٣١٦/٤).

من الصيد اثنين فلا بأس بذلك، وكذلك لو أرسل كلنا وسمى فقتل من الصيد اثنين فلا بأس بذلك.

والفرق أن الإرسال والرمي جعل ذكاة وهو فعل واحد يكفيه تسمية واحدة وإن أدى إلى تمويت روحين كما لو وضع السكين على حلق شاتين وجرحها دعة واحدة كماه تسمية واحدة، لأن الفعل واحد، كذلك هذا.

وليس كذلك الذبح، لأن الفعل تحدد منه عند كل ذبيحة، فجاز أن يعتبر أيضاً تجديد التسمية، كما لو فصل بينهما بمدة.

فإن قيل طه أن التسمية في الشاة الأولى تجزئ عن الثانية عدراً فهو كتسابه التسمية.

قلنا: إن الجهل يمارق النسيان، ألا ترى أنه لو جهل أن الأكل يفطر الصائم فأكل بطل صومه، ولو سبي الصوم فأكل لم يبطل صومه فافترقا.

٤٤٢- إذا أصجع شاة لينذحها فأخذ السكين وسمى، ثم ألقى ذلك السكين وأخذ آخر فليذحها به أجزأت التسمية الأولى. ولو أخذ سهماً وسمى ووضع ثم أخذ سهماً آخر ورمى به ولم يسم لم يؤكل^(١).

والفرق أن التسمية في الرمي تقع على السهم دون الرمي إليه، بدليل أنه لو رمى إلى واحد وسمى فأصاب آخر حل فوقع التسمية للسهم الأول، فلا يحل الثاني بغير تسمية. وليس كذلك السكين، لأن التسمية تقع على المذبوح دون الآلة لأننا بينا أن نفس التسمية شرط، فوقع التسمية لتلك الشاة فلا يعتبر آلة دون آلة، فبأي سكين ذبح حل والله أعلم.

كتاب العارية والوديعة

٤٤٣- إذا استعار دابة ولم يسم ما يحمل عليها ولا مكاناً ولا وقتاً فأعارها منه ثم إن المستعير أعارها من غيره لم يضمن، ولو أجرها ضمن.

والفرق أنه علم أن الإذن في الانتفاع به، ولم يحصر له نوعاً دون نوع، وإعارته من أنواع الانتفاع لأنه يكافئه ويحمده ويشكره، فإذا لم يمنع به الرد لا يجب عليه الضمان، كما لو انتفع بنفسه.

وليس كذلك إذا أجر، لأن عقد الإجارة يوجب التسليم فعد عقد على المستعار

(١) انظر البحر (١٩١/٨)، والمبسوط (٤/١٢) والبدائع (٤٩/٥).

عقدًا يوجب التسليم، ويمنع الرد، وليس له أن يسمعه عن صاحبه، فليس له أن يعقد عقد البيع كما لو باعه.

٤٤٤ - وإذا استعار دابة ليحمل عليها عشرة محتاجين حنطة فحمل عليها أحد عشر محتوًا ضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمتها^(١)، ولو استعارها ليركبها هو مركب وأردف معه رجلًا أثقل منه ضمن نصف قيمتها، ولا يعتبر الثفل ههنا، ولو أدب لرجل أن يضرب عده عشرة أسواط فضربه أحد عشر سوطًا فمات ضمن نصف قيمته.

والفرق أن في الحنطة التلف وقع بالثقل، والجزء الواحد لا يعادل عشرة أجزاء في وقوع التلف به إذ يستحيل أن يتلف بجزء، ويسلم من عشرة، فصار كل جزء منها حنطة على حدة، فقد تلف النفس بإحدى عشرة حنطة عشرة مأذون فيها وواحد غير مأذون فضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا.

وليس كذلك الضرب، لأن السوط الواحد يعادل عشرة أسواط، ووقوع التلف به ممكن لجواز أن يتلف من واحد، ويسلم من عشرة فصارت العشرة كالواحد، فكان النفس تلفت بجنايتين إحداهما مأذون فيها والأخرى غير مأذون فيغرم نصف قيمته.

وأما الركوب فنفس الركوب جناية لجواز أن يركب واحد فيفسد الدابة ويقتلها بحيث لا يهتدي إلى الفروسية، وإن كان خفيفًا، وآخر يركب الدابة فيصلحها وإن كان ثقلًا، كما يجوز أن تسلم من الجراحة الكبيرة وتلف بالصغيرة، فقد تلفت النفس بجنايتين إحداهما مأذون فيها والأخرى غير مأذون فيها، فصار كما لو أذن لواحد أن يضرب عده سوطًا فضربه سوطين فمات ضمن نصف قيمته، كذلك هذا.

٤٤٥ - إذا أعاره دابة فجاء مستحق واستحقها وضمن المستعير لم يرجع على المعير بشيء، ولو أجرها ثم استحققت وضمن المستأجر رجع بما ضمن على المؤجر. والفرق أن المؤجر يعقد الإحارة أو جيب سلامة المنفعة له من غير ضمان يلحقه، والإحارة عقد ضمان، فإذا لم يسلم له كان له أن يرجع عليه.

وليس كذلك العارية، لأن العارية عقد تبرع فالمعير لم يضمن سلامة المنفعة له فلم يكن له أن يرجع عليه، كما لو وهب من إنسان شيئًا فاستحق فإنه لا يرجع عليه، كذلك هذا.

أو لأن يد المستأجر يد لمن أجر، بدليل أن منفعته تعود إليه، لأنه سلم الأجرة من

(١) انظر المبسوط (١٣٨/١١)، (١٢/١٦) والبدائع (٢١٦/٦).

غير شيء يلزمه فصار يداً له فقد ضمن يده له، فصار كما لو ضمن بعقد، ولو ضمن بعقد له الرجوع عليه، كذلك إذا ضمن يده له.

وليس كذلك العارية، لأن يد المستعير يد لنفسه، بدليل أن منعه تعود إليه، وسلمت له المنفعة من غير أن يلزمه شيء، فقد ضمن يده نفسه، فلا يرجع بما ضمن على غيره، كما لو غصب شيئاً من إنسان فجاءه إنسان واستحققه، لم يكن له أن يرجع على المصوب منه بشيء، كذلك هذا.

٤٤٦- وإذا قال لرجل: استودعني ألف درهم فضاغت، وقال الطالب: بل غصبتها، فالقول قول المستودع. ولو قال لرجل: أخذت منك ألف درهم وديعة فضاغت، وقال الطالب: لا بل غصبتها، فالقول قول الطالب.

وانفرق أنه لما قال استودعني فلم يحك عن نفسه فعلاً موجباً للضمان، وإنما أضاف الفعل إلى غيره، فأفرد به بالمعمل فصار كما لو قال: وضعتها بالقرب مني فضاغت، ولو قال هكذا لم يجب الضمان عليه، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: «أخذتها»، لأنه أضاف فعل الأخذ إلى نفسه، والأخذ فعل موجب للضمان، وبدليل ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى ترد»^(١)، فقد أقر بفعل موجب للضمان، وادعى البراءة فسم يصدق على دعوى البراءة وغرم، كما لو قال: «هدمت جدارك بإذنك، ومزقت ثوبك بإذنك».

٤٤٧- إذا استعار شيئاً له حمل ومثونة مثل الرحي وغيره، ثم أراد أن يرده فمثونة الرد على المستعير، وكذلك مؤونة الرد على الغاصب.

وأما إذا استأجر شيئاً له حمل ومؤونة فمؤونة الرد على المكري دون المستأجر. والفرق أن يد المستعير يد لنفسه، بدليل ما بينا، وكذلك الغاصب، فلو أوجنا عليه مثونة الرد لم يست له الرجوع على المعير، فجاز أن تلزمه المؤونة.

وليس كذلك المستأجر، لأن يده يد للمكري، بدليل ما بينا فلو أوجنا عليه الأجرة فيما يرد لجعلنا له الرجوع عليه، فمن حيث يرد يرجع عليه، فلا فائدة في الوجوب.

٤٤٨- قال في الأصل: وإن قال المودع: «بعثت بالوديعة إليك مع رسولي وسمى أجنبياً فهو صامن حتى يقر المعير بوصولها إليه، وكذلك العارية في جميع ذلك».

(١) رواه أبو داود (٢٩٦/٣)، والترمذي (٥٦٦/٣)، والطبراني في الكبير (٢٠٨/٧)، والقصاصي في الشهاب (١٨٩/١)، وانظر: نصب الراية (١١٩/٤، ١٦٧).

وقال القاضي الإمام رحمه الله وهذا يدل على أنه ليس للمستعير أن يودع، وإنه إن يعبر.

والفرق أنه إنما جعل له الإمساك على وجه يمنع به من غير أن يحسنه عنه، والإعارة نوع انتفاع، لأنه يحصل له الحمد والشكر وانتفاعه وانتفاع غيره سواء لا يختلف وصار مأدونا فلا يخرم.

وليس كذلك إذا أودعه غيره، لأنه لم يمسكه على تلك الجهة (التي أذن له فيه، وهو أن يتفع به، لأنه لا يحصل له الحمد والشكر بالإيداع فإذا لم يمسكه على تلك الجهة) لم يخر، كما لو أجره من غيره، ولأننا لو جوزنا له أن يودع لجعلناه كأنه أودع بإذن المعبر، فيؤدي إلى إلزام رب المال مؤونة الرد، وتسقط مؤونة المودع عن المستعير. وهذا لا يجوز.

وليس كذلك إذا أعار، لأن مؤونة الرد على المستعير الثاني، وتسقط مؤونة المودع إذا جعلنا إعارته بإذن المولى المالي، فكأنه أعاره بنفسه، فلا يؤدي إلى إغرام رب المال مؤونة الرد، فجاز ذلك، والله أعلم.

كتاب الشركة

٤٤٩- إذا اشتركا بعين مال على أن ما اشتريا من شيء، فهو بينهما نصفان وأحدهما بعينه ثلثا الربح وللآخر ثلثه كانت الشركة جائزة والشرط باطل. ولو دفع ألف درهم إلى رجل مضاربة وشرط أن يكون لأحدهما ثلث الربح وللآخر ثلثاه فالمضاربة جائزة والشرط جائز.

والفرق أن في المسألة الأولى كل واحد منهما سلط صاحبه على أن يشتري له لنفسه فصار وكيلًا له، والوكالة لا يبطئها الشرط الفاسد، فوقع الشراء بينهما بصعين، وإذا شرط ثلثا الربح لأحدهما فقد شرط أحدهما للآخر بعض بدل ملكه، وهو عوض فلم يخر، كما لو قال: يع هذا العد علي أن نصف منه لك فإنه لا يجوز الشرط، وله أن يبيعه، كذلك ههنا.

وليس كذلك المضاربة، لأن من جهة رب المال الدراهم، فإذا شرط للمضاربة ثلث الربح فقد شرط بعض بدل دراهم له، ولو شرط جميع بدل دراهمه له بأن يقرضه إياه جاز، كذلك ههنا. فإن قيل إذا كان له عمل في مال صاحبه يجوز أن يستحق زيادة ربح كشركة العان إذا شرط أحدهما لصاحبه زيادة ربح. قلنا: إن شرط العمل في مال معين يجوز أن يستحق به ربحًا كالمضاربة والشركة.

وأما إذا كان المال غير معين فلا يجوز أن يشترط بإداء العمل ربحاً كما لو قال: أما أدفع إليك ألف درهم مصاربة بشرط أن يكون الربح بيننا ولم يدفع المال ولم يعين لم تجز المصاربة.

٤٥٠ - إذا أضع أحد المتفاوضين بصاعة عند رجل، وأمره أن يشتري له بها شيئاً، ثم تفرق المتفاوضان، ثم اشترى بالصاعة شيئاً وهو لا يعلم بفرقتهما فشرأه حائز على الأمر وعلى شريكه^(١). ولو أمره بالشراء ولم يدفع إليه مالا وتفرق ولم يعلم حتى اشترى كان ما اشترى للأمر خاصة.

والفرق أن في المسألة الأولى افترن بالعقد ما يدل على أن شراءه وقع لهما جميعاً، لأنه لو سلم ذلك المال في عقد عقده لا يغرم لشريكه إلا أمر شيئاً، وتسليم مال الغير في العقد إذا لم يوجب ضماناً لا يكون إلا بعد وقوع العقد له، فصار كما لو أمرده بالعقد، ثم افترقا فاشترى، ولو كان كذلك وقع الشراء لهما، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا سلم المال إليه، لأنه لم يقرن بعقده ما يدل على أن شراءه وقع لهم جميعاً وهو امتناع وجوب الضمان بتسليم مال الغير فلم يقع لهما بالأمر، فصار وقوعه لهما بالمفاوضة، وقد ارفعت المفاوضة، فوقع للأمر خاصة، كما لو وكله الآن بأن يشتري.

٤٥١ - وإذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الباقي فادعى ورثة الميت المفاوضة وجحد ذلك الحي، فأقاموا البينة على المفاوضة، ولم يقيموا على أن الذي في يديه من شركتهما، أو أن الذي في يديه كان في يده يوم مات، فلا يكون هذا الشيء مشتركاً^(٢). ولو كانا حين وأقام أحدهما البينة على المفاوضة ولم تقم بينة على أن ما في يديه من شركتهما كن مشتركاً بينهما.

والفرق أنه بالبينة لم تثبت المفاوضة في الحال، لأن الموت يوجب بطلان المفاوضة، وإما تثبت المفاوضة حال الحياة، وثبوت المفاوضة يقتضي استواءها في مال الشركة وقت بقاء الشركة، ولم يعلم أن هذا الشيء كان في يده وقت بقاء الشركة، ويجوز أنه ورثه أو وهب له من بعد فلم يثبت له الشركة بينهما.

وليس كذلك إذا كانا حين، لأنه بالبينة تثبت المفاوضة بينهما في الحال، والمفاوضة عبارة عن المساواة، ولا يكونان متساويين إلا أن يكون ما في يديه مشتركاً بينهما،

(١) انظر البحر الرائق (١٩٩/٥)، والمبسوط (١٨٢/١١).

(٢) انظر البحر (١٩٩/٥)، والمبسوط (١٨٢/١١)، والبدائع (٧٥/٦)، وشرح مع لفسر (١٨٥/٦)، وحاشية ابن عابدين (٢٤٩/٨).

فوجب أن يكون بينهما.

٤٥٢- وإذا استعار أحد شريكي العنان دابة ليحمل عليها عشرة محائيم من شركتهما لم يضمن، وإن استعارها الأول ليحمل عليها حطة نفسه. فحمل عليها لشريكه خاصة كان ضامناً. ولو أن أحد المتفاوضين استعار دابة ليحمل عليها حطة لنفسه أو من الشركة فحمل عليها شريكه من الشركة أو لنفسه خاصة لم يضمن. والمرق أن المفاوضة تقتضي استواءهما في أحكام عقود التجارات، والاستعارة من عمل التجارة، ألا ترى أن لأحدهما أن يعير استحساناً، ويجوز عليهما، وكذلك تقع استعارته له، فكأنهما جميعاً استعارا، ثم وضع أحدهما حطة لنفسه أو من شركتهما محار كذلك ههنا.

وليس كذلك شركة العنان، لأنها لا تقتضي المساواة في أحكام عقود التجارات فلم نحر استعارته عليهما، فجاء على المستعير خاصة، إلا أنه في الحكم كالمأذون والمسلط من جهة صاحبة فيما عمل في مال الشركة، فكأنه أذن له فيه صريحاً فجاز للمستعير أن يعير. وإن تصرف بنفسه وبأجيره في الشيء المستعار، فلا يضمن، وليس بمأذون ومسلط من جهة صاحبة فيما كان من عمل لنفسه خاصة، لأنه لا يحتاج إلى إذنه، فصار بمنزلة أجنبي، ومن استعار دابة من إنسان فحاء أجنبي وحمل عليها لنفسه شيئاً بغير إذن المستعير ضمن كذلك ههنا.

٤٥٣- ولأحد المتفاوضين أن يكاتب.

وليس له أن يعتق على مال.

والفرق أنه بعقد المفاوضة ثبت له ولاية عن صاحبه في التصرف في ماله فصار كالأب، وللاب أن يكاتب، وليس له أن يعتق على مال، كنا هذا، ولأن في الكتابة تسمية المال على وجه أمن الضرر فيه، لأنه لا يخرج رقبة العبد من ملكه إلا بعد دخول بدله في ملكه، فصار كالبيع، ولو باع جار، كذلك ههنا.

وليس كذلك العتق على مال لأنه لا يؤمن من الضرر فيه لأنه يتعطل خروج الرقبة عن ملكه، ويجوز أن يحصل له البذل، ويجوز أن لا يحصل بأن يموت قبل الأداء، أو يعيش فلم يجز عتقه عليه، كما لو أعتقه بغير بدل.

ولهذا المعنى قلنا: إنه لا يجوز لأحدهما أن يزوح عبداً من تجارتها، لأنه لم يؤمن الضرر، لأنه لزم رقبة المهر والنفقة، وله أن يزوح الأمة لأنه آمن الضرر، لأنه يسقط نفقة وإسكانها عن نفسه ويستفيد المهر فجاز عليه.

٤٥٤ - وإذا أجر أحد المتفاوضين نفسه في حياطة ونقل شيء بالأجرة يسهما

بهما^(١).

ومن أصحابنا من حكى أنه لو أجر نفسه ليعمل إنساناً شهراً لا تكون الأجرة

ببهما.

ووجه الفرق أن كل واحد منهما ضامن على صاحبه ما يلزمه بحكم العقد ما يصح الضمان فيه، وضمان الحياطة عن شريكه، وضمان النقل جائز، فصار مضموناً على كل

واحد منهما، وإذا كان مضموناً على شريكه جاز أن يستحق بدله.

وليس كذلك الخدمة، لأن العقد وقع على المدة، والخدمة لا يكون مضموناً عليه، ولا يكون مضموناً على شريكه، فجاز ألا يستحق الأجرة مع عدم الضمان، فإن قيل ذكر في الأصل أنه لو أجر نفسه لحفظ شيء أو نقله أو عمل عملاً بأجر أو كسب كسباً فهو

ببهما، وحفظ شيء لا يكون مضموناً عليه، لأن العقد يقع على المدة فيجب ألا يكون

ببهما كما قلنا.

٤٥٥ - إذا أقر أحد المتفاوضين لامرأته بعد ما طلقها وهي في العدة بدين لم يلزم

شريكه من ذلك شيء. ولو اعتق أم ولده ثم أقر لها بدين وهي في العدة لزمهما جميعاً

والفرق أن حكم الفراش باق ما دامت في العدة، بدليل أنه يلزمه بفقتها وسكناها،

ويبقى له حق التصرف والتسليط في ما لها، فصار كما لو لم يطلقها، فصار بإقراره موجباً

لنفسه حق التسليط والتصرف، فلحقته التهمة نسب بجزء.

وليس كذلك أم الولد لأن تلك العدة ليست من أحكام الفراش، لأنها تحب بغير

الفراش، وهو الوطاء بالشبهة، ولهذا المعنى قلنا ليس لها أن تغسل مولاه إذا مات عنها

بخلاف المنكوحة وإذا لم يبق يسهما حكم افراش صارت أجنبية منه فجاز إقراره لها.

٤٥٦ - إذا باع أحد المتفاوضين شيئاً ثم تفرقا ثم رد عليه بعب بعد الفرقة لم يكن

له أن يأخذ بالثمن إلا البائع^(٢). ولو استحق العبد بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبله

كان له أن يأخذ بالثمن أيهما شاء.

والفرق أن في باب الرد بالعيب إنما يجب الثمن على البائع بالرد والرد وقع بعد الفرقة،

فصار هذا ديناً لزمه بعد الفرقة، فلا يجب على شريكه، كما لو اشترى شيئاً بعد الفرقة.

(١) انظر السوط (٢٠٢/١١).

(٢) انظر المحرر الرائي (١٩٤/٥)، (٢٠٠)، والسبوط (٢١٣/١١).

وبس كذلك الاستحقاق، لأنه بالاستحقاق يقض قصه فيه من حين القبض، فصار
الدين مضموناً على البائع من حين القبض، والقبض كان قبل المرفة، فصار هذا دماً به
قبل التمركة، فكان له أن يطالب الآخر به كما لو اشترى قبل التمركة.

٤٥٧- إذا جنى المدير جنائتين فقتل فتيلين وقد أخذ أحد الوليين نصف القيمة
لمصاحبه أن يشاركه فيه. ولو قتل العبد فتيلين فسواء قضى بالقيمة ممتنعاً أو متعزفاً فإنه
لا يشارك أحدهما صاحبه.

والفرق أن حاية المدير لا توجب الحق في رقبته، بدليل أنه لا يتأني الدفع فيه، فلا
يحتاج إلى النقل من الرقبة إلى القيمة، فلم يراع المنقول، وهو حق ولي الفتيلين، إذ هو
راعي المنقول لرعايته لاحتياجه إلى النقل، وهذا لا يجوز، فبقي الوجوب بسب واحد.
وهو حق الولي في ذمة واحدة عن أصل مشترك، فكان مشتركاً كما لو كان المقتول
واحدًا، وله وليان.

وأما العبد أو المكاتب فجنايته توجب الحق في رقبته، بدليل أنه لو عجر قبل أن
يقضى خوطب بالدفع أو الفداء، وبالقضاء ينقل الحق من الرقبة إلى القيمة، وإذا احتيج إلى
النقل روعي المنقول، والمنقول مختلف فيه، لأنه لا حق لهذا في دم ذاك ولا لذاك في دم
هذا، وإذا اختلف المنقول لم يشارك أحدهما صاحبه، كما يقول في عدين بين رجلين باع
كل واحد عبده في صفقة أخرى أو في صفقة ثم قبض أحدهما شيئاً لم يشارك أحدهما
صاحبه في ثمن عبده، كذلك هذا.

٤٥٨- رجل أمر رجلين أن يقضيا عنه غرامة كذا درهماً فأدياه من مال مشترك
بينهما، ثم قبض أحدهما شيئاً منه فلآخر أن يشاركه في المقبوض. ولو أمر رجلين أن
يشتريا له جارية بألف فاشترياهما، وقد الثمن من مال به شريكان أو غير شريكين، ثم إن
أحدهما قبض من الآخر حصته التي أداها وهي خمسمائة درهم فليس لشريكه أن يشاركه
في شيء.

والفرق أن في المسألة الأولى وجوب الرجوع بالأداء لا بالملك، بدليل أنهما لو
أرادا أن يرجعا قبل الأداء لم يكن لهما ذلك وبدليل أنهما لو ملكا ذلك المال بألف فاشتريا
لا يرجعان على الأمر وإذا كان المؤدي مشتركاً كان المقبوض مشتركاً، كما لو عصب
من رجلين ألف درهم مشتركاً بينهما فأخذ أحدهما في العاصب شيئاً فلشريكه أن يشاركه
في المقبوض.

وليس كذلك الأمر بالشراء، لأن وجوب الرجوع لكل واحد منهما بما وقع له من

العقد لا بالأداء، بدليل أن له أن يرجع عليه قبل الأداء، وما وقع لكل واحد من العقد غير ما وقع للآخر، بدليل أن حقوق عقد كل واحد منهما متعلقة به دون صاحبه، ولا يطالب كل واحد منهما بأكثر من نصف الثمن، ولا يسلم إليه بأكثر من نصف البيع، فلم يشتركا في المعنى الموحى للرجوع، فلا يشتركان في المال الذي رجعا، كما لو باع كل واحد منهما عينا من رجل، ثم قبض أحدهما شيئا من الثمن لا يشركه صاحبه فيه كذا هذا.

٤٥٩ - رجلان غصبا عينا من رجل وباعاه، فمات في يد المشتري، ثم إن المولى ضمن أحد الغاصبين نصف القيمة، فأخذ هو من المشتري نصف الثمن. ثم إن المولى ضمن الغاصب الثاني نصف القيمة الباقية، فإن الغاصب الثاني لا يشارك الأول فيما قبض. وإن لم يقبض الغاصب الذي ضمن أولا نصف الثمن حتى ضمن المولى الغاصب الثاني نصف القيمة أيضا ثم قبض الأول شيئا من الثمن يشاركه صاحبه فيما قبض. ولو كان لعدد بين رجلين فباع أحدهما جميعه، وأجاز البيع في نصفه وقبض نصف الثمن فأجاز صاحبه البيع بعد ذلك، فالذي أجاز أن يرجع على شريكه بنصف ما قبض، وقبضه قبل الإجازة أو بعده سواء بخلاف المسألة الأولى.

والفرق أن ههنا الإجازة تستند إلى ذي العقد، وذو العقد أوجب قبض جميع الثمن للبائع، بدليل أنه لو عقد برصا الشريك لكان حق قبض جميع الثمن له، وبدليل أنه هو العاقد وحقوق العقد متعلقة به، وإذا كان العقد أوجب قبض جميع الثمن له كان كل جزء من أجزاء المقبوض مشتركا بينهما.

وليس كذلك المسألة الأولى، لأن العقد لم يوجب قبض جميع الثمن، بدليل أن المولى لو ضمن الغاصبين لم يكن لأحدهما أن يقبض جميع الثمن، لأن العاقد اثنان، فلم يكن قبضه مستندا إلى العقد، فنصار فيه مستندا إلى وجوب الحق له، فإذا قبض أولا نصفه قبل أن يضمن المولى الغاصب الثاني، فلم يجتمع حقهما في محل واحد، بدليل أن حق الثاني لم يثبت في ذمة المشتري إلا بعد وقوع فراغ ذمته عن حق الأول، وإذا لم يجتمعا في محل واحد فلا يشتركان في المقبوض. وإذا لم يأخذ حتى ضمن المولى الغاصب الثاني فقد اجتمع الحقان في محل واحد، لأنه بالتضمن انتقل الملك إليها بمعنى متقدم على البيع، فنصار كما لو باع ملك أنفسهما، والملك يحصل للمشتري بذلك العقد، والعقد وقع مجتمعا صفقة واحدة فتأخرت الإجازة في الغصب، فلا توجب تفريق الصفقة، كرجلين باعا عبدا صفقة واحدة على أيهما بالخيار فأسقط أحدهما الخيار في اليوم الأول، والثاني في اليوم الثاني فإنه لا يجعل العقد بتفريق الإجازة صفقتين، كذلك هذا، فقد اجتمع الحقان في

محل واحد بسبب واحد فاشتركا في المقوص، كما لو باعا ملك أحدهما

٤٦٠ - إذا قل لأحر: ما اشتريت من شيء اليوم أو عدا بكدا درهما أو من الغياب أو من الحطة فيني وبينك، فقال: نعم، فهذا جائز. ولو قال: ما اشتريت من شيء معي بيني وبينك ولم يسم شيئا ولا ثمتا ولا وقتا لم يحز. ولو قال: ما اشترينا أو ما اشترناه أحدا من تجارتنا فبينا فهذا جائز.

والفرق أنه لما ذكر الشراء دون البيع ولم يذكر ما دل على قصد شركة العقود علم أنها وكالة، وفي التوكيل إذا لم يذكر أحدهما في الأشياء الثلاثة لا تصح لأجل الجهالة الكثيرة وعدم التخصيص، لأن الوكالة لا تقع عامة، ألا ترى أنه لو قل وكلتك لم يصح البيع والشراء في ماله، فإذا لم يحص لم يحز، كما لو قال: اشتر شيئا. وليس كذلك إذا ذكر هذه الأشياء، لأن الجهالة تقل، وقليل الجهالة معفو عنه في الوكالة.

وأما إذا قال: ما اشترى بيننا أو ما اشتراه أحدا فقد اقترن به ما دل على أهمها قصدا عقد الشركة، إذ العادة لم تجز بأن الوكيل يوكل الموكل، فعلم أنها شركة والشركة تقع عامة فلا تحتاج إلى التخصيص، ألا ترى أنه لو قال شاركك مفاوضة أو عثانا صح، لعدم ذكر المجلس لا يطلها.

٤٦١ - ولو كان كُر حطة بين رجلين فسأل رجل أحدهما فقال أشركني فيه فعمل، فلم يحزه شريكه فلهذه المشترك نصف النصف. ولو قال: بعني نصفه، فباعه، فلم يحزه شريكه، فللمشتري النصف الذي كان للبائع.

والفرق أنه طلب منه الاشتراك فلو قلنا إنه يسلم جميع نصيبه إليه صار معرذا نه بملكه، ولم يكن أشركه فيحب تنقيص شيء، ليكون مشتركاً إياه.

وليس كذلك البيع، لأن طلب البيع لا يقتضي بقاء حقه فيه فلا ضرورة لنا إلى أن يبقى له حق فيه، فإذا لم يحز شريكه في حصته بعد في نصيب البائع الذي يقدر على تسليمه.

كتاب الهبة

٤٦٢ - إذا وهب الأب لابنه الصغير شيئا وأعلمه جاز، وإن لم يقبضه غيره للصغير منه^(١). ولو وهب لابنه البالغ لم يحز، وإن كان في عياله ما لم يسلمه إليه. والفرق أن للأب ولاية على ابنه الصغير، فوقع قبضه له، ألا ترى أن أحيا لو

(١) انظر الهداية (٢٢٦/٣)، وحاشية ابن عابدين (٢٢٥/٦)، ونجدة المقباء (١٦٩/٣).

وهو للصغير شيئاً فالأب هو الذي يتولى العض، فإذا جاز قبضها من أحسن حار قبضها من نفسه، وليس كذلك البالغ، فإنه لا يلي عليه، فلا بعد قبضه عليه، ألا ترى أن أحسب لو وهب له شيئاً لم يكن للأب قبضه، فصارت هذه هبة عريت عن القبض، فلم يجوز أن نقول إذا لم يكن للأب ولاية عليه صار يجزى بغير يد ولا ولاية فلم يجوز، كالأجنبي إذا مضى.

وليس كذلك الصغير لأن له الولاية عليه فصار يجزى بغير يد مجرد أيد وحر النفع بمجرد اليد جائز.

٤٦٣- ولو وهب لإسنان هبة فقبضها الموهوب له في مجلس العقد بغير إذن الواهب صححت الهبة. ولو قبضها بعد المجلس بغير إذنه لم يجوز.

والفرق أن الهبة عقد تليق، والقبض شرط في تمامه، ومطلق العقد يقتضي تسليطه على تميمه ما دام في المجلس، ولا يقتضي تسليطه على تميمه بعد التفريق كالقول في البيع لما كان شرطاً في تميم العقد، فإن قبل في المجلس بغير رضاه ثم، وإلا بطل، كذلك ههنا، إن قبض في المجلس ثم، وصار كأنه أذن له في القبض، وإلا بطل.

٤٦٤- رجل أعتق ما في بطن جاريته، ثم باعها لم يجوز البيع في الأم. ولو وهبها تصح الهبة.

والفرق بينهما أن مطلق العقد على الأم يقتضي دخول الجنين فيه، لأنه جزء من أجزائها متصل بها، صار كيدها ورحلها، فإذا أعتق الولد ثم وهب الأم صار جامعاً بينهما في عقد الهبة، ومن جمع بين حر وعبد ووهبهما تصح الهبة في العبد، وبطل في الحر.

وفي البيع صار جامعاً بينهما في عقد البيع، ومن جمع بين حر وعبد وباعهما بطل البيع في الجميع.

والمعنى فيه أنه شرط في قبول العقد في العبد قبول العقد في الحر صار هذا شرطاً فاسداً ألحق بعقد الهبة، فلا يطلها ولا يمنع وقوع الملك كالعمري، والأصل فيه الخبر «لا تعمروا أموالكم ولا تتلفوها»^(١)، والشرط الفاسد إذا ألحق بعقد البيع أبطله.

٤٦٥- ولو دبر ما في بطن أمته، ثم وهب الأمة من رجل لم يجوز. ولو أعتق ما في بطنها ثم وهب الأم جاز.

(١) رواه ابن حبان في صحيحه (٥٣٧/١١) (٥١٣٦) عن جابر بنحو هذا اللفظ. ورواه مسلم (١٢٤٦/٢)، (١٢٤٧)، (١٦٢٥) عن جابر.

والفرق أن التدبير لا يوجب زوال ملك المولى، بدليل أنه يحل للمولى وطهها، وبقاء ملكه فيها يوجب بقاء يده وبقاء يد الواهب في الهبة تصع جواز الهبة كما لو وهب نصف دار مشاعاً، ثم سلم جميع الدار إليه فإنه لا يجوز وليس كذلك العتق لأن العتق يوجب زوال يد المولى عنه فلم يبق حكم يد الواهب في الهبة فلا يمنع جواز الهبة.

٤٦٦- إذا عوض أجنبي عن الهبة بأمر الموهوب له لم يكن للمعوض أن يرجع على الموهوب له. ولو قصى عنه ديناً بأمره يرجع به عليه.

والفرق أنه أمره بأن يتبرع عنه لأن العوض غير مستحق عليه، بدليل أنه لا بحر عليه وهو تبرع، بدليل أنه لا يصح إلا مقسوماً مقبوضاً، ولأن الهبة تبرع صده أيضاً يكون تبرعاً، فإذا أمره بأن يتبرع عنه لم يرجع به عليه، كما لو قال تصدق عني.

وليس كذلك الدين لأنه مصبوع عليه، فقد قضى عنه مضموناً بإذنه فقام فيه مقامه، ومن له الضمان إذا أدى يرجع به عليه، كذلك من قام مقامه، وهما قام مقامه من أخذ العوض، ولم يكن له الرجوع على الموهوب له، كذلك من قام مقامه.

٤٦٧- وإذا وهب لإنسان هبة فعوضه عنها فاستحق نصف العوض لم يكن للواهب أن يرجع في شيء من الهبة. ولو استحق نصف الهبة فللمعوض أن يرجع في نصف العوض.

والفرق أن المعوض إما رضي بزوال ملكه عن العوض بشرط أن تسلم له الهبة، إذ لولا ذلك لما عوض، فإذا لم تسلم له رجع في العوض كما قلنا في السبع إذا استحق بعضه رجع فما بيازائه من الثمن.

وليس كذلك إذا استحق نصف العوض، لأن الواهب رضي بزوال ملكه عنها من غير أن يسلم له العوض، لأنه حين وهب لم يملك العوض، وإنما ملك بعده، ولهذا لم يكن له الرجوع لاتصالها بعوض، وقد بقي ما يصلح أن يكون عوضاً إذ لو لم يعوضه في الابتداء إلا هذا القدر لم يكن له الرجوع، فصار كما لو بقي الجميع، فإنه لا يرجع فيها، كذلك هذا، إلا أنه لو رد الصنف الباقي فحينئذ بقيت هبة بلا عوض فله الرجوع فيها.

٤٦٨- إذا وهب لإنسان جارية فأراد الرجوع فيها فقال: وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت وازدادت خيراً، وكذبه الواهب، فالقول قول الواهب.

وإن كانت أرضاً فقال وهبتها لي وهي صحراء فأما غرست فيها وبنت وكده الواهب فالقول قول الموهوب له.

والفرق أن العين واحدة في الحاربة، بدليل أن أفراد الثمن بالهبة لا يصح فهو لم بدع

هبة شيتين، وإما ادعى هبة واحدة، وادعى حق الرجوع فيه، وظاهر العقد أو حب له حق الرجوع، فإذا أراد إبطاله لم يصدق.

وليس كذلك الأرض لأنهما عيان ويحوز لإفراد كل واحدة بالهبة فصار هو يدعي الهبة في الشيتين وهو يقر بأحدهما، ولا ظاهر يكذبه في إفراده لأنه يمكن إحداث الباء والشحر في تلك المدة، فكان القول قوله، كما لو قال وهبت مني هذين العددين وهو يقول لا، بل وهبتك أحدهما فالقول قوله، كذلك هذا.

٤٦٩- إذا ولدت الموهوبة له لم يكن للواهب حق الرجوع في الولد والحارية المأسورة إذا اشتراها مسلم منهم فولدت فلصاحبه أن يرجع فيه.

والفرق بينهما أن الرجوع في الهبة فسخ للعقد، والولد لم يقع عليه العقد وفسخ العقد عما لم يقع عليه العقد لا يجوز.

وليس كذلك المأسورة لأنه لا يأخذه على وجه فسخ العقد، وإنما يأخذه على وجه البناء، بدليل ما يبا في السير، وحق صاحبه كان ثابتاً في الأم فسرى إلى الولد، كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض.

وإن شئت قلت: لما انفصل الولد فقد اتصلت بريادة، واتصال الموهوب بالزيادة يوجب انقطاع حق الرجوع، كما لو سمنت، واتصال المأسورة بريادة لا يمنع الرجوع، كما لو سمنت.

أو نقول: حق الرجوع في الهبة ضعيف، بدليل أنه يقدر أن يبطله بأن يبيعها من غيره، وبدليل أنها لو اتصلت بريادة يسقط حقه في الرجوع، وحق المولى في المأسورة قوي، بدليل أنه لو باع من غيره فله أن يأخذ من المشتري الثاني والثالث، ولا يبطل بإبطالها زيادة والحق الضعيف جاز ألا يسري إلى الولد والحق القوي يسري.

كتاب البيوع

٤٧٠- وإذا شارك رب المسلم والمسلم إليه السلم بعد القبض رأس المال ثم اختلفا في رأس المال فالقول قول المطلوب له مع يمينه، ولا يتحالفان^(١). ولو تقايلا البيع ثم اختلفا في الثمن فإيهما يتحالفان، وإذا تحالفا عاد البيع الأول.

والفرق بينهما لو أنا أوجنا التحالف ففسخنا الإقالة، ولو فسخنا الإقالة لأعدنا السلم ابتداء بدين في ذمة المسلم إليه، وإعادة السلم بدين ابتداء في ذمة المسلم إليه لا يحوز، كما لو

(١) انظر المبسوط (٨١/١٤) والجامع الصغير (ص ٣٢٣).

قل أسلمت إليك العشرة التي لي عليك في كُرْ حنطة فإنه لا يجوز، كذلك هذا.
وأما في البيع لو أوجسا التحالف لأعدنا البيع بدين في الدمة، وهذا جائز، كما لو
قال اشريت هذا منك بالعشرة التي لي عليك فإن هذا العقد جائز، كذلك هذا.
ولأن المسلم فيه في الدمة، فإذا تاركا سقط (ذط)، وم في الدمة إذا سقط لا
يعود، كما لو قال وهت منك الدين الذي لي عليك، ثم أراد أن يرجع فيه لم يكن له
ذلك، فلم يبق معقود عليه، فلا يحالفان كالسبيع إذا هلك، ثم اختلما.
وليس كذلك المبيع، لأن العقد وقع على العين فإذا تحالفا سقط حقه على العين،
والحق إذا سقط عن العين جاز أن يعود كما لو وهب لإنسان عينًا، ثم رجع في الهبة جاز،
كذلك هذا، فقد بقي المعمود عليه بحاله فجاز أن يحب التحالف، كما لو اختلما في نفس
البيع.

٤٧١ - إذا قل رب السلم للمسلم إليه: كل ما لي عليك من الطعام في غرائري
هذه ففعل وليس رب السلم بحاضر لم يكن ذلك قسًا. ولو اشترى طعامًا بعينه مكايبة،
ودفع إليه غرائر وقال كله في غرائر ففعل وهو غائب صار قابضًا.
والفرق أنه لم يملك عينًا بالعقد، لأن المسلم فيه في الدمة، وللمسلم إليه أن يعين
ملكه في أي حنطة شاء، وإنما يملك الحنطة بتعيين المسلم إليه، فإذا أمره أن يكيل في
غرائره فقد أمره بأن يتصرف في ملكه ويعزل بعض ملكه عن بعض، ويتفرد بملكه،
ويعزل بعض ملكه عن بعض لا يصير قابضًا، ولا يجوز أن يتفرد بملكه، دليله لو عزل
من غير أن يأمره رب السلم به.

وليس كذلك المبيع، لأنه ملك عين الطعام على المشتري بالعقد، بدليل أن النافع
لو أراد أن يسلم إليه حنطة من مكان آخر لم يحز، فلا يملك بنفسه، فإذا أمره بأن يكيله
في غرائره فقد أمره بأن يوصل ملكه بملكه فجاز أن يصير قابضًا، دليله لو اشترى منه
نصًا وقال ركه في خاتمي ففعل صار قابضًا، كذلك هذا.

وهذا المعنى قلنا: إنه لو اشترى حنطة فطحنها النافع بأمر المشتري صار قابضًا،
ولو أسلم في حنطة فطحنها المسلم إليه بأذن رب السلم لم يصير قابضًا.

فإن قيل لو دفع دراهم نقرة إلى صائغ وقال: زد من عندك درهمًا آخر، وأصع لي
خامًا ففعل صار قابضًا، ومع ذلك الصائغ قد تصرف في ملك نفسه وانفرد بتملكه إياه.
قلنا إنه إذا قال: «زد من عندك درهمًا فقد أمره أن يفرد بملكه، وأمره أن يفرد
بتملكه فلا يصح، كما لو قال بع عبدك مني فباعه منه وجارية لم يحز، كذلك هذا، فإذا

بطل مرة صار كأن لم يأمره، واحتلظ ملكه بملكه، ولو كان كذلك لرمه ضامه وصار الدراهم ملكاً له كذلك هذا، وفي مسألتنا بطل أمره بالكيل وعمله وكلامه، فصار كأن غيره كال حنطته في غرائره فلا يصير قابضاً كذلك هذا.

٤٧٢- إذا وكل رجل رجلاً أن يأخذ له درهماً في كُرْ طعام سلماً لم يجز. ولو أنه وكله ليأخذ له دراهم ويبيع كُرْ طعام للموكل في بيته جار.

والفرق بينهما أن الوكيل هو العاقد، وحقوق العقد متعلقة به، وعقده على حنطة في ذمة غيره لا يجوز، فقد أمره بأن يبيع كُر حنطة من ذمة نفسه ويجعل بدله له، فصار كما لو أمره أن يبيع عبداً من أعيان مال الوكيل، ويجعل بدله له، ولو كان كذلك لم يجز كذا هذا.

وليس كذلك البيع لأنه لم يأمره أن يبيع كُرّاً من ذمته، وإنما أمره بأن يبيع عبداً من أعيان ماله فلم يشترط بدل ملكه له فحاز، وصار كما لو باعه الموكل ولو باع بنفسه، صح كذا هذا.

٤٧٣ إذا اشترى مسلوختين فإذا إحداهما ذبيحة بحوسي أو متروك التسمية عمداً فالبيع فاسد فيهما جميعاً. ولو اشترى عبيدين فإذا أحدهما مدير فالبيع جائز في العبد.

والفرق أن ما ترك عليه التسمية عامداً غير داخل تحت العقد، لأنه ورد النص بتحريمه، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] وهذا قلنا أنه لو قضى قاض بجوازه لا يجوز ولا يفيد بحلاف الشافعي، لأنه خالف النص، فقد جمع في انعقد بين ما يدخل تحت العقد، وبين ما لا يدخل تحت العقد، فصار كما لو جمع بين حر وعبد، ولو كان كذلك يطل البيع، كذلك هذا.

وليس كذلك المدير لأنه مما يدخل تحت العقد، بدليل أن حاكماً لو حكم بجوازه جاز، لأنه لم يرد نص بفساده، وما روي عن رسول الله ﷺ أنه باع مديراً^(١) معارض بهبه عن بيع المدير، فدل أنه يدخل تحت العقد فدخل جميعاً في العقد، وإنما يخرج المدير بعد ذلك عن العقد بالفسح، وفسخ العقد في أحدهما لا يوجب فسخه في الآخر، فحاز في العبد، وبطل في المدير.

٤٧٤- إذا قال بعث منك هذه الصبرة كل قفيز بكذا درهماً، ولم يسم كيل الجميع جاز البيع في قفيز واحد في قول أبي حنيفة. ولو قال بعث منك هذا القطيع من الغنم كل

(١) رواه البخاري (٧٩/١٠) وعبد الرزاق في المصنف (١٤٨/٩).

شاة بكدا درهما ولم يسم عدد اجمع، ولم يعلم فالبيع فاسد في الجميع والفرق بينهما أن كل واحد منهما اسم يتناول الواحد، وما زاد عليه ولا يخص بقدر الواحد في نفسه مجهول لأن الشاة مع الشاة تختلف، فصار كما لو قال بعنت شاة من هذه الأعمام، ولو قال هكذا لم يجز للجهاالة، كذلك منها. وليس كذلك الحنطة، لأن كل قفيز اسم يتناول الواحد، وما زاد عليه، والواحد معلوم لأن القفيز مع القفيز من صبرة واحدة لا يختلف، وما زاد على الواحد مجهول، فلا يصح العقد فيه وجاز في الواحد، وصار كأنه قال بعنت سك قفيزاً من هذه الصبرة بكدا، لو قال هكذا جاز، كذلك هذا.

٤٧٥- ذكر في الأصل أنه لو باع عبداً بشرط أن يعتقه فالبيع فاسد^(١). ولو أوصى بأن يباع عبد نسمة فالبيع جائز. قلت لنفاضي الإمام رحمته: «أليس البيع نسمة بيع بشرط العتق، ومع ذلك يجوز، فما الفرق بينهما؟»

فقال: إذا أوصى بأن يباع نسمة فإنه يباع ممن يعتق، ولم يشترط في عقد البيع أن يعتقه، ولكنه يجبر على أن يعتقه بعد ذلك لثبوت حق الاعتاق للعبد بالوصية. قال ولو قلنا أنه لو شرط العتق جاز في النسمة، فالفرق بينهما ظاهر، لأن الوصية يبيع العبد نسمة جائزة، وفيها منفعة العبد، فيكون للمشتري ألا يعتقه فيؤدي إلى إبطال الوصية، وسقوط حق العبد وهذا لا يجوز، ولهذا قلنا، إنه لو أوصى بأن يشتري نسمة ويعتق عنه فللوصي أن يشتري مطلقاً، ولا يشترط العتق في السع، ولو اشترط بطل، لأنه ليس للوصي ألا يعتقه ولأنه يؤدي إلى إبطال نوع وصية وقربة، وإسقاط حق العبد إذ لم يثبت للعبد حق العتق، وأما في مسألتنا إذا لم تكن وصية فليس في اشتراط العتق إبطال نوع قربة وعرض أحد، فلو قلنا إنه لا يجوز، لم يؤدي إلى إبطال حق أحد فجاز أن يبطل.

٤٧٦- إذا باع حارية حاملاً واستثنى ما في بطنها فالبيع فاسد والشرط فاسد، وكذلك لو كاتب جارية واستثنى ما في بطنها. ولو وهب جارية واستثنى ما في بطنها فاهنة جائزة، والاستثناء باطل، وكذلك الرهن والنكاح والخلع والصلح من دم العمد والعتق على مال فالعقد جائز، والاستثناء باطل فيدخل الولد في العقد، ويكون لمسه الأم. ولو أوصى بجارية لإنسان واستثنى ما في بطنها فالوصية جائزة، والاستثناء جائز،

(١) انظر المبسوط (١٥/١٣).

والولد لا يدخل في الوصية. ولو أعتق حارية واستثنى ما في بطنها عتقت الحارية ويكون الولد حرًا.

والمرق بينهما وبين هذه المسائل أن مطلق العقد على الأم يقتضي دخول الجنين فيه في حكم عقد الأم، وإفراد الحين بعقد البيع لا يجوز، فاستثاؤه منه لا يجوز، فصار شرطًا فاسدًا ألحق بعقد البيع والكتابة فأبطلهما، والأصل فيه ما روي أن رسول الله ﷺ نهي عن بيع وشرط.

وأما في الهبة فمطلق العقد يقتضي دخول الحين فيه لما بينا، فإذا استثنى صار شرطًا فاسدًا ألحق بعقد الهبة فلا يبطلها، والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ «لا تعمروا أموالكم فتتلفوها فمن أعمر له شيء فهو له ولعقبه من بعده»^(١) فنهي عن العمرى ثم حكم بوقوع الملك به، وكذلك الكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعنق على مال لا يبطلها الشروط الفاسدة فصحت هذه العقود، وكذلك العنق والوصية لا يبطلها الفاسدة، ثبت الفرق بين صحة هذه العقود وفسادها، وإما قلنا إن في الهبة لا يصح الاستثناء، والولد للموهوب له لما بينا أن العقد على الأم حائر ويستحيل أن تلد حارية لإنسان ولذا مملوكًا لآخر، كما يستحيل أن تكون الحارية مملوكة لواحد ويدها ورجلها لآخر، إذ الجنين جزء منها كيدها ورجلها.

فإن قيل: أليس إذا أوصى بجارية واستثنى ما في بطنها، أو أوصى بما في بطن جاريته لإنسان فإن الجارية تلد ولدًا مملوكًا للغير، ومع ذلك يجوز، فلم لا يجوز ههنا؟ قلنا التركة باقية على حكم ملك الميت، وإن كانت فيها وصية، بدليل أنه لو طهر دين مستعرق يقضي منها ديونه وتبطل الوصية، وبدليل أنه لو ظهرت وصية أخرى شارك الثاني الأول، فصارت الجارية باقية على حكم ملكه، تلد ولدًا على حكم ملكه، ويجوز أن يملك ولدًا يولد على حكم ملكه، فيبيع الأم كما يولد على حقيقة ملكه، الدليل عليه المكاتبه إذا ولدت دخل الولد في حكم ملك المولى، كما كانت الأم على حكم ملكه.

فإن قيل: لو خالع امرأته على ما في بطن جارية فإنه يجوز، والأم للمرأة وتلد ولدًا مملوكًا للزوج فهلا كان في مسألتنا كذلك.

قلنا لأنها لا تلد ولدًا مملوكًا للزوج، وإنما تلد ولدًا مملوكًا للمرأة، ثم استحقه الزوج بعد الولادة بالانفصال، الدليل عليه أنها لو ولدته فإنه يرجع عليها بالمهر المسمى،

(١) تقدم تحريجه في الهبة.

ولو كان الولد في البطن للزوج ثم مات بعد صحة التسمية لوجب أن يرجع بالقيمة على المرأة، كما لو ولدت ثم استحق الولد يرجع عليها بقيمة الولد لما استحقه بعد الانفصال ثم استحق عليه، فلما وجب المهر المسمى دل على أنه لم يملك الولد حال الانفصال. وإنما يملكه بعد الانفصال.

وإن قيل: لو أعتق الزوج الجسين بعد عتقه فيه ولو لم يملكه لما نفذ. قلنا: لا نحكم بوقوع العتق حالة الانفصال، ولكننا نقول يكون موقوفًا، فإذا ولدت وتحقق ملكه فيه نفذنا عتقه، وإن لم يكن الملك حاصلًا من قبل، كالوارث إذا أعتق عبداً من التركة وفي التركة دين ثم أدى الدين أو أبرأ المست منه نفذ عتقه، كذلك هذا.

وأما إذا أعتق جارية واستثنى ما في بطنها فالاستثناء جائز، لأنه يجوز إيراد الولد بالعتق فجاز استبقاؤه، إلا أنه يستحيل أن تلد الحرة رقبةً فعنق الولد يعتق الأم لا يطلان الاستثناء

٤٧٧- إذا اشترى شاة على أنها حامل فالبيع فاسد^(١). ولو اشترى جارية على أنها حامل فالبيع جائز.

والفرق أن الحمل زيادة في الشاة، بدليل أنها تشتري إذا كانت حاملا بأكثر مما تشتري إذا كانت حائلا، وتشتري الشاة، لكي تحل ويستمد منها الولد والعالم من الولادة السلامة، فإذا اشترط في العقد صار مقصودًا بالعقد عليه فصار بائعًا الولد، في البطن، ويبيع الولد في البطن لا يجوز، فصار شرطًا فاسدًا ألحق بالعقد فبطل العقد.

وليس كذلك الجارية لأن الحمل نقصان فيها بدليل أنها تشتري حاملا بأقل مما تشتري حائلا، ولأن التلف من ولادتها يكثر، ولا تشتري أيضًا الجارية ليمك نسلها وولدها غالبًا، فلم يكن ولدها مقصودًا بالعقد لارتباطه، لأنه زيادة وإنما يكون الحمل عبثًا، فإذا اشترط الحمل صار شرط للتبري من العيب، والبيع ولشراء بشرط براءته من العيب جائز، كما لو باعها على أنها عمياء أو عرجاء أو عوراء جاز العقد كذلك هذا.

٤٧٨- إذا اشترى شيئًا لم يره، وقال أجزت البيع لم تصح إجازته، وله أن يرده إذا رآه. ولو أنه قال رددت البيع، قبل أن يراه رده، ولو رآه بعد ذلك لم يكن له أن يجيره.

(١) انظر المسوط (١٩/١٣)، والدر المختار (٥٨٨/٤). وحاشية ابن عابد (٥٨٨/٤)، وشرح فتح القدير (٤٥٢، ٣٣٣/٦).

والفرق أن الإحارة تدل على الرضا بالمعقود عليه، والرضا بالمعقود لا يمنع بدون رؤية فلا يمنع ثبوت الخيار مع عدم الرؤية، ألا ترى أن نفس العقد يدل على الرضا به، لأن الإنسان لا يعقد ليفسخ، ثم نفس البيع لا يمنع ثبوت الخيار عند الرؤية، فذلك الإحازة.

وليس كذلك الفسخ، لأن فسخ العقد يدل على عدم الرضا، وعدم الرضا عند العقد يمنع لزوم حكمه، كما لو أكره على البيع فوجده بعده عند ثبوت الخيار حاز أن يمنع لزومه، كموت المبيع قبل التسليم.

فصل

٤٧٩- وإذا اشترى دابة أو قميصاً على أنه بالخيار فركبها في حاجته لينظر إليها وإلى سيرها، أو لبس القميص لينظر إلى قدره عليه فهو على خياره. ولو اشتراها فوجد بها عيباً فركبها أو لبس القميص كان هذا رضا بالعيب.

والفرق أن شرط الخيار للاختبار، وهذه الأشياء مما يقع بها الاختبار فلم يكن مختاراً، وأما في العيب فليس له أن يختبر.

وحه آخر أنه خير ليختبر فلم يكن ركوبه ولبسه للاختبار اختياراً.

وأما في العيب فم يجعل به أن يختبر فصار باختباره مختاراً.

٤٨٠- وإذا وجد بالجارية المشتراة عيباً فاستخدمها لم يكن رضا بالعيب. ولو وجد بالدابة المشتراة عيباً فركبها في حاجته كان ذلك رضا منه.

والفرق أن الركوب جناية، فقد حلها فعله وتصرف فيها بمعنى هو جناية، فصار كما لو كانت جناية فوطئها أو جنى عليها.

وليس كذلك الاستخدام، لأن نفس الاستخدام ليس بجناية لأنه قول، وهو لم يتصرف في العبد بما هو جناية، وإنما فعل العبد فعلاً في غيره فلم يصير مختاراً أو راضياً بالعيب، كما لو وجد منه من غير استخدامه.

٤٨١- وإذا اشترى عبداً فبلغ في يد المشتري وأبق عنده، أو بال في فراش ثم علم أنه كان أبقاً في حال الصغر أو بال في الفراش لم يكن له أن يردده على بائعه بذلك العيب ولو بال أو أبق في يد المشتري لم يكن له أن يردده بذلك العيب، ولو بال أو أبق في يد المشتري في حال الصغر ثم علم أنه قد كان أبق أو بال في الفراش قبله في حال الصغر أيضاً كان له أن يردده به. ولو جُن في يد المشتري بعد البلوغ أو قبله ثم علم أنه قد كان جُن عند البائع قبل ذلك كان له أن يردده.

والفرق بينهما وبين هذه المسائل أن الإباق والبول من فعل الصبي وفعله يختلف بالصغر والكبر، لأن فعل الكبير يصدر عن قصد صحيح، وفعل الصغير يصدر عن غير قصد، لأنه ليس للصغير قصد صحيح في فعله، بدليل أنه لو قتل عمداً لا يجب به انقصاص، ولو قتل الكبير عمداً يجب، فدل على أن حكم فعله يختلف بالصغر والكبر، فصار الموجود بعد الكبر غير الموجود قبله، فلو جوزنا له أن يرده لرده بعيب أكثر مما استوجبه بالعقد، وهذا لا يجوز، وأما إذا بال عبده في حال الصغر فالموجود عبده من الجنس الذي وجد عند البائع، لأن كل واحد منهما صدر عن غير قصد صحيح، فلا يرده بعيب زائد أكثر مما استوجبه بالعقد، فكان له أن يرده.

وأما الجنون فليس من فعله، وإسما هو من فعل الله تعالى، وفعله لا يختلف بالصغر والكبر، فصار الثاني من جنس الأول فكان هذا بعينه كما كان عند البائع، ولا يرده بعيب زائد أكثر مما استوجبه بالعقد، فله أن يرده به متى حدث عنده كسائر العيوب، ولهذا قلنا إن المشتري لو ادعى عيب الجنون استحلّفه بالله تعالى لقد باعه وقضه المشتري وما جن قط قبل ذلك، ولو ادعى عنده الإباق والبول استحلّمه بالله لقد باعه وقضه المشتري وما أبق ولا بال في الفرائض منذ بلغ مبلغ الرجال.

٤٨٢- إذا اشترى أحوين صغيرين فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض فله أن يرده وحده^(١). ولو أراد أن يبيع أحدهما ويمسك الآخر لم يكن له ذلك.

والعرق أن التفريق وقع بحق، لأننا لو قلنا أنه لا يرده لموتنا عليه حقه ويبقى العيب في ملكه من غير أن يسلم له بدله، ولا يجوز الإضرار بالمشتري لنفي الإضرار عن البيع، فصار التفريق بحق، فكان له أن يفعله كما لو حتى أحدهما جناية فله أن يدفعه.

وليس كذلك البيع لأننا لو منعناه من بيعه وحده لم يؤد إلى الإضرار به، إذ يقدر على جمعها في البيع، فإذا أمكن صونهما عن ضرر من غير إضرار به وجب أن يفعل.

٤٨٣- إذا اشترى جارية ثم وطئها قبل أن يستبرئها لم يجز. ولو زوجها فوطئها الزوج قبل أن يستبرئها جاز.

والفرق أنا حكمنا بصحة النكاح، والحكم بصحة النكاح حكم بفراغ الرحم لأن كون رحمها مشغولاً بماء الغير مع صحة العقد، وإذا حكم بفراغ رحمها حل له وطؤها. وليس كذلك المشتري لأننا حكمنا بصحة الشراء، والحكم بصحة الشراء لا يكون

(١) انظر لسان الحكم لابن أبي اليمن (ص ٣٥٨).

حكمًا بفراغ رحمتها، لأن الحَلَّ لا ينافي الشراء، فما لم يعلم فراغ رحمتها لا يحل له وطؤها.
٤٨٤- وإذا اشترى عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فحُمَّ العبد عند المشتري برده بمحض من النائع ثم زالت الحمى في الثلاث ولم يحدث ردًا حتى مضت الثلاثة فله أن يردّه، ولو لم تزل عنه الحمى حتى مضت الثلاثة، ثم زالت الحمى لم يكن له رده أبدًا. ولو أشهد على الرد وهو صحيح ثم حم فلم يرد حتى مضت الثلاث فله أن يردّه.

والفرق أنه إذا رده وهو محموم وقع الرد موقوفًا، لأن كل حق يجب لأحد المتعاقدين عند العقد يجب للآخر مثله عند المسح، ولو حدثت الحمى عند النائع في ابتداء العقد ثبت للمشتري الخيار، فإذا حدث عند المشتري ثبت للبائع الخيار أيضًا في القبول، فدل على أن الرد وقع موقوفًا، والشيء الموقوف إما ينفذ في حالة يحوز ابتداء ذلك الشيء في تلك الحالة، ألا ترى أنه لو باع ملك غيره والمعقود عليه بحاله فأجازه مالكه جاز، لأن ابتداء العقد منه في تلك الحالة جائز، ولو فات المعقود عليه ثم جاز لم يحز، لأن ابتداء العقد بعد فواته لم يحز فلم ينفذ العقد الموقوف، كذلك ههنا، فإذا زالت الحمى في الثلاثة فابتداء الرد في هذه الحالة جائز، فجاز أن ينفذ العقد الموقوف، وابتداء الرد بعد مضي الثلاثة لا يجوز، فجاز أن لا ينفذ العقد الموقوف فبطل.

وأما إذا شهد على الرد وهو صحيح، ثم حُمَّ قبل التسليم فالرد وقع تامًا، إلا أنه لما حم ثبت له الخيار فإذا زال المانع سقط خياره.

٤٨٥- إذا قطع النائع يد العبد المبيع قبل التسليم فاختر المشتري أخذ العبد سقط عنه نصف الثمن، وليس له أن يضمه نصف القيمة. ولو أن أجنبيًا قطع يد العبد فاختر المشتري أخذه فله أن يضمه نصف قيمة العبد.

والفرق أن تسليم نصف القيمة من الذمة، لأنها لو أوجبناه على البائع لأوجبناه لحق العقد، إذ لولا العقد وإلا لما لزمه ذلك، ولا يجوز تسليم القيمة من الذمة لحق العقد، كما لو باع بقيمة عبد من الذمة ابتداء لم يحز.

وليس كذلك الأجنبي، لأنه لا يلزمه القيمة من الذمة لحق العقد لو أوجبناه عليه القيمة وإنما يلزمه بالجناية، إذ لولا شراؤه لكان جانيًا على ملك البائع فيجب على الأجنبي الضمان أيضًا، وإيجاب الضمان في الذمة بالجناية جائز، ولا يأمن حيث يجب الضمان على البائع بسقطه، لأن البائع لما قطع فوت التسليم في ذلك فأنحل العقد فوجب إعادته إلى ملكه، وفي إعادته إلى ملكه مع وحب الضمان عليه، لأنه يصير جانيًا على ملكه، وجنابته على ملكه لا توجب الضمان، وفي مع وحب الضمان عليه إبطال العقد، لأن

المبيع يفتوت لا إلى خلف، فإذا من حيث يلزم الصمان يسقطه فلا يلزمه، وفي الأحسن أنه أوجبنا الضمان عليه لا يسقطه، لأننا لو قلنا أن حمايته توجب انحلال العقد عنه لأوجبنا الصمان عليه، لأنه يصير جانباً على ملك النافع، وحماية الأجنبي على ملك المانع توجب الصمان، وفي إيجاب الصمان استبقاء العقد، لأن المبيع يفتوت إلى خلف، ففي العقد بقاءه، فمن حيث يوجب الصمان عليه لا يسقطه، فحار أن نوحه

٤٨٦- إذا اشترى الرجل عبداً بألف درهم ولم ينقد الثمن حتى قطع النافع يده، ثم قطع المشتري رجله من خلاف، فمات من ذلك في يد النافع، فعلى المشتري ثلاثة أثمان الثمن، ولا يجعل المشتري بأجانية قابضاً لباقي الشخص. ولو اشترى عبداً فقطع المشتري يده صار قابضاً بلعد، حتى أنه لو مات في يد النافع قبل أن يصعه لزمه جميع الثمن.

والفرق أن البائع بقطع اليد فوت نصمه، وشراؤه جنايته لم ينقطع، لأنه لم يوجد قبض حقيقي مضمن بعد القطع، حتى يقطع حكم شرائه حماية البائع بوجود قصه الحكمي، وإذا لم يقطع حكم شرائه جنايته بقي حكم يده، فلم يتمكن المشتري من قصه بجانيته لقاء شرائه جناية النافع فلم يصير قابضاً إلا أنه بالقطع صار قابضاً نصف الثمن، وهو الربع ولم يوجد ما يقطع حكم شرائه فلم يقطع أيضاً شراؤه جنايته، وبقي ربع سراية الجنائين فصارت حماية المشتري وسرايتها ثلاثة أثمان، ومات بحماية النافع خمسة أثمان.

وليس كذلك إذا قطع المشتري يده فمات في يد النافع، لأنه صار قابضاً بقطع اليد وليس ههنا مانع يمنع قبضه، فصح القبض، فإذا مات لزمه تمام الثمن.

٤٨٧- ولو اشترى عبداً فلم ينقد الثمن حتى قطع البائع يده، ثم قطع المشتري رجله من خلاف لم يجعل قابضاً بالحماية لباقي الشخص، ولا ينقطع سراية النافع، ويسقط عن المشتري خمسة أثمان الثمن، ويلزمه ثلاثة أثمان الثمن. ولو قطع البائع يده ثم قصه المشتري بإذن البائع أو بغير إذن النافع فمات في يد المشتري من جناية البائع بطل عن المشتري نصف الثمن ولا ضمان على البائع فيما هنك.

والفرق أن قبض المشتري بالقطع حكمي، وللنافع أيضاً يد حكمية، لأن قصه أيضاً بالشراء، ولم يوجد قبض مضمن حقيقي حتى ينقطع الشراء، ولكل واحد قض حكمي فامتويا فلم يدفع أحدهما الآخر فسرت الجنائتان.

وليس كذلك إذا قبضه المشتري لأن هذا قبض مضمون، وجد بعد جناية البائع من طريق الحقيقة، فقطع حكم سراية جناية البائع، كما لو قطع يد عبد إنسان، فجاء عاصب وغصبه فمات في يد العاصب من القطع فإنه يكون مضموناً على العاصب، ويسقط سراية

الجاني، كذلك هذا.

٤٨٨ - إذا اشترى عبداً ولم ينقد الثمن فقصه بغير أمر البائع فقطع البائع يده في المشتري، فمات من غير قطع اليد لم يسقط إلا نصف الثمن عن المشتري، ولا يجعل البائع قبضاً بالجناية. ولو قطع المشتري يده في يد البائع، ولم يمنعه البائع حتى مات لرمه جمع الثمن.

والفرق أن المشتري استحق قبض العين وتعين حقه فيه، بدليل أنه ليس للبائع العدول إلى غيره، فإذا قطع يده فقد تناول بعض المعقود عليه، وشك من قبض الباقي، والتمسك من قبض ما يستحق قبضه يكون قبضاً، كالتخلية في المبيع والإجارة والنكاح الصحيح، وإذا صار قابضاً لرمه جميع الثمن.

وليس كذلك البائع، لأنه لم يستحق قبض العين، ولم يتعين حقه فيه، بدليل أن للمشتري العدول عنه إلى غيره، فإذا قطع يده صار متمكناً من قبض عين مستحق، فلا يكون قابضاً كالتخلية في الكاح الماسد فلم ينف على حكم ملكه.

٤٨٩ - وإذا اشترى جارية بألف، فولدت عند البائع ابنة، وولدت الابنة ابنة، وأقصتها الولادة فللمشتري الخيار، إن شاء أخذهن بجملة الثمن، وإن شاء تركهن. ولو اشترى شاة فولدت ثم ولدت الولد ونقصتها الولادة أو لحقها عيب آخر فلا خيار للمشتري.

والفرق أن الولادة توجب نقصاناً في الأم، وهو إنما رضي بأخذ الأم ناقصة بسلامة الولد سليماً، فإذا لم يسلم له سليماً لم يوجد شرط الرضا بالنقصان الحاصل في الأم، ثبت له الخيار، كما لو ادعى داراً فصالحه على ثوب فاستحق، رجع في دعواه، كذلك هذا.

وليس كذلك الشاة لأن الولادة تعد نقصاناً في الشاة فلم يقص المبيع، فلو رد لنقصان في الولد وفوت الولد لا يوجب خياراً، فالنقصان به أولى ألا يوجب خياراً، والمعنى فيه أنه ليس بإزاء الولد بدل فلا يستدرك بالرد بدلا.

٤٩٠ - إذا فقا البائع عين المبيعة قبل التسليم، ثم ولدت سقط نصف الثمن وأخذ الولد والأم بما بقي، ولحق الولد باقي العقد^(١). ولو فقا المرتن عين الجارية المرهونة ثم ولدت ولذا لم يسقط شيء من الدين، وغرم نصف قيمة الرهن، ولحق الولد أصل العقد.

والفرق أن حناية المرتن على الرهن توجب القيمة، بدليل أنه لو أنف جميع الرهن عزم جميع القيمة، فكذلك إذا تلف بعضه، وانقيمة تخلف العين وتقوم مقامه، فبقي العقد

(١) انظر المبسوط للسرعي (١٤١/١٠)، (١٩٠/١٣).

في المات بقاء خلعها، وإذا بقي العقد في الجميع لحق الولد جميع العقد.

وليس كذلك في البيع لأن حماية البائع على المبيع قبل التسليم توجب فسخ العقد عما جرى عليه بمقدار ما جرى انقضاء العقد عنه، وبقي الباقي. وإذا ولدت لحق الولد باقي العقد.

٤٩١- ولو أن الجارية المبيعة اعورت قبل التسليم لم يسقط شيء من الثمن. حب المشتري. ولو أن الجارية المرهونة اعورت سقط نصف الدين.

والمرق أن المرهونة مضمونة بضمان قبض، والعين صفة، والأوصاف تضمن بالقص، لأنها تفرد بالقص، فتفرد بضمان القبض، وإذا كان هذا الوصف مضموناً فموته يسقط ما يزاؤه من الدين.

وليس كذلك المبيعة، لأنها مضمونة بالعقد والأوصاف لا تضمن بالعقد، لأنها لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمان العقد، فلم يسقط بإرائه شيء من الثمن.

٤٩٢- الجارية المرهونة إذا اعورت ثم ولدت لحق أصل الولد العقد.

والجارية المبيعة إذا فسخ البائع عنها ثم ولدت لحق الولد باقي العقد.

والمرق أن اعورار المرهونة جزء من الرهن، وموات جزء من الرهن يوجب دخوله في الاستيفاء، وإذا دخل في الاستيفاء تم العقد فيه، لأن عقد الرهن يعقد للاستيفاء، فبقي العقد في الجميع، فلحق الولد الجميع.

وليس كذلك إذا فسخ عين المبيعة لأن الحناية عليه توجب فسخ العقد عنه كما بينا، فلم يبق العقد فيه، فلا يلحق الولد، إلا مقدار ما بقي العقد به.

٤٩٣- إذا أنفذ المشتري الثمن وقبض المبيع، ثم إن البائع وجد الثمن زيوفاً أو

هرجة لم يكن له أن يسترد المبيع ويحسبه. ولو فك الرهن وأدى الدين وقبض الرهن، ثم وجد الدراهم زيوفاً أو هرجة كان له أن يسترد الرهن^(١).

والفرق أن الزيوف من جنس الدراهم، بدليل أنه لو تحوز به جاز، وبدليل أنه لا يجوز بيعه بالجياذ متفاضلاً، قد دخل في القضاء، فقد سلم الثمن للبائع إلى أن يردده فيسلم المبيع للمشتري في ذلك الوقت، وإذا سلم له في وقت سلم في عموم الأوقات، والدليل عليه البائع إذا أعار المبيع المشتري ثم أراد أن يرضعه لم يكن له ذلك، كذا هذا.

وليس كذلك الرهن لأن سلامة الرهن له ساعة لا توجب سقوط حقه من الحبس،

(١) انظر الدر المختار (٢٦٠/٥) وحاشية ابن عابدين (٢٥٩/٥)، وشرح فتح القدر (٣٨٥/٦).

الجاني، كذلك هذا.

٤٨٨- إذا اشترى عبداً ولم يتقد الثمن فقبضه بغير أمر البائع فقطع الساع يده في يد المشتري، فمات من غير قطع اليد لم يسقط إلا نصف الثمن عن المشتري، ولا يجعل البائع قابضاً بالجناية. ولو قطع المشتري يده في يد البائع، ولم يمنعه البائع حتى مات لزمه جميع الثمن.

والفرق أن المشتري استحق قبض العين وتعين حقه فيه، بدليل أنه ليس للساع العدول إلى غيره، فإذا قطع يده فقد تناول بعض المعقود عليه، وتمكن من قبض الباقي، والتمكن من قبض ما يستحق قبضه يكون قبضاً، كالتحلية في المبيع والإجارة والكاح الصحيح، وإذا صار قابضاً لزمه جميع الثمن.

وليس كذلك البائع، لأنه لم يستحق قبض العين، ولم يتعين حقه فيه، بدليل أن للمشتري العدول عنه إلى غيره، فإذا قطع يده صار متمكناً من قبض عين مستحق، فلا يكون قابضاً كالتحلية في الكاح الفاسد فلم يتلف على حكم ملكه.

٤٨٩- وإذا اشترى جارية بألف، فولدت عند البائع ابنة، وولدت الابنة ابنة، وأقصتها الولادة فللمشتري الخيار، إن شاء أخذهن بحملة الثمن، وإن شاء تركهن. ولو اشترى شاة فولدت ثم ولدت الولد وقصتها الولادة أو لحقها عيب آخر فلا خيار للمشتري.

والفرق أن الولادة توجب نقصاناً في الأم، وهو إما رضي بأخذ الأم ناقصة بسلامة الولد سليماً، فإذا لم يسلمه له سليماً لم يوجد شرط الرضا بالنقصان الحاصل في الأم، فثبت له الخيار، كما لو ادعى داراً فصالحه على ثوب فاستحق، رجع في دعواه، كذلك هذا.

وليس كذلك الشاة لأن الولادة تعد نقصاناً في الشاة فلم ينقص المبيع، فلو رد لنقصان في الولد وفوت الولد لا يوجب خياراً، فالنقصان به أولى ألا يوجب خياراً، والمعنى فيه أنه ليس بإزاء الولد بدل فلا يستدرك بالرد بدلا.

٤٩٠- إذا فقا الساع عين المبيعة قبل التسليم، ثم ولدت سقط نصف الثمن وأخذ الولد والأم بما بقي، ولحق الولد باقي العقد^(١). ولو فقا المرتهن عين الجارية المرهونة ثم ولدت ولداً لم يسقط شيء من الدين، وغرم نصف قيمة الرهن، ولحق الولد أصل العقد.

والفرق أن جناية المرتهن على الرهن توجب القيمة، بدليل أنه لو أتلف جميع الرهن غرم جميع القيمة، فكذلك إذا تلف بعضه، والقيمة تحلف العين وتقوم مقامه، فبقي العقد

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١٤١/١٠)، (١٩٠/١٣).

في العائن بقاء خصله، وإذا بقي العقد في الجميع لحق الولد جميع العقد وليس كذلك في البيع لأن جنابة البائع على المبيع قبل التسليم توجب مسح العقد عما جرى عليه بمقدار ما حتى انسخ العقد عنه، وبقي الباقي، فإذا ولدت لحق الولد باقي العقد.

٤٩١- ولو أن الجارية المبعة اعورت قبل التسليم لم يسقط شيء من الثمن وخبر المشتري. ولو أن الجارية المرهونة اعورت سقط نصف الدين.

والفرق أن المرهونة مضمونة بضمان قبض، والعين صعة، والأوصاف تضمن بالقبض، لأنها تفرد بالقبض، فتفرد بضمان القبض، وإذا كان هذا الوصف مضموناً فعوته يسقط ما بإرائه من الدين.

وليس كذلك المبيعة، لأنها مضمونة بالعقد والأوصاف لا تضمن بالعقد، لأنها لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمان العقد، فلم يسقط بإرائه شيء من الثمن.

٤٩٢- الجارية المرهونة إذا اعورت ثم ولدت لحق أصل الولد العقد.

والجارية المبعة إذا فقأ البائع عينها ثم ولدت لحق الولد باقي العقد.

والفرق أن اعورار المرهونة جزء من الرهن، وفوات جزء من الرهن يوجب دخوله في الاستيفاء، وإذا دخل في الاستيفاء تم العقد فيه، لأن عقد الرهن يعقد للاستيفاء، ففي العقد في الجميع، فليحق الولد الجميع.

وليس كذلك إذا فقأ عين المبيعة لأن الجنابة عليه توجب فسخ العقد عنه كما بينا، فلم يبق العقد فيه، فلا يلحق الولد، إلا بمقدار ما بقي العقد فيه.

٤٩٣- إذا أنفد المشتري الثمن وقبض المبيع، ثم إن البائع وجد الثمن ربوفاً أو هرجة لم يكن له أن يسترد المبيع ويحسبه. ولو فك الرهن وأدى الدين وقبض الرهن، ثم وجد الدراهم زيوفاً أو هرجة كان له أن يسترد الرهن^(١).

والفرق أن الزيوف من حس الدراهم، ببديل أنه لو تحوز به جاز، وبديل أنه لا يجوز بيعه بالجياذ متفاضلاً، فدخل في القضاء، فقد سلم الثمن للبائع إلى أن يردّه فيسلم المبيع للمشتري في ذلك الوقت، وإذا سلم له في وقت سلم في عموم الأوقات، والدليل عليه البائع إذا أعار المبيع المشتري ثم أراد أن يردّه لم يكن له ذلك، كذا هذا.

وليس كذلك الرهن لأن سلامة الرهن له ساعة لا توجب سقوط حقه من الحسن.

(١) انظر الدر المختار (٢٦٠/٥) وحاشية ابن عابدين (٢٥٩/٥)، وشرح فتح القدير (٣٨٥/٦).

وله أن يرتجعه كما لو أعار الرهن من الراهن فله أن يرتجع فيه كذلك هذا.
والمعنى في العارية أن تسليم المبيع مضمون على البائع، فإذا سلمه إلى المشتري
فقد أدى مضموناً عليه، فلم يكن له أن يرجع فيه كالفاسب إذا رد المصنوع إلى صاحبه
لم يكن به أن يرتجعه، كذلك هذا.

وليس كذلك الرهن، لأن تسليم الرهن غير مضمون عليه، وإنما عليه التخلية به
وبين الراهن، وإذا سلم صار بالتسليم متبرعاً وللمتبرع أن يرجع فيما تسرع به، كما لو
وهب شيئاً فله أن يرجع فيه، كذلك هذا.

٤٩٤- وإذا اشترى شيئاً فقصه بغير إذن البائع قبل مقد الثمن فنفذ في يده لم
يكن له على المشتري إلا ضمان الثمن. ولو أن المشتري وكل وكيلاً بقبض المبيع فقصه
الوكيل قبل مقد الثمن فالمبائع أن يضمن الوكيل قيمة المبيع فيجسبه على استيلاء الثمن.

والفرق بينهما أن العقد أوجب أن يكون المبيع مضموناً على المشتري بالثمن
والعقد باق، بدليل أن تلف المبيع بعد القبض لا يوجب انفساخ العقد، فلو أوجبا على
المشتري القيمة لأوجبا في المضمون ضماناً آخر من حسبه مع بقاء ما يوجب الضمان
الأول، وهذا لا يجوز كما لو عصب شيئاً فزادت قيمته، لا يضمن الزيادة، كذا هذا.

وليس كذلك الوكيل لأن العقد لم يوجب كون الشيء مضموناً على الوكيل
بالثمن، إذا لم يحز به وبين البائع عقد، فلما أوجبا القيمة عليه لم يؤد إلى إيجاب ضمان
آخر عليه من حسبه مع بقاء ما يوجب الضمان الأول، فجاز إيجابه.

٤٩٥- ولو أن رجلاً باع جارية وقضها المشتري فادعى أن لها زوجاً عائلاً وأنكر
البائع فأراد المشتري أن يقيم البينة على الزوجية، لم يكن له ذلك. ولو أراد أن يقيم البينة
على إقرار البائع بالزوجية كان له ذلك.

والفرق أن المشتري خصم في إثبات إقراره، لأن ثبوت إقراره يوجب له حق الرد،
وإن لم يثبت الزوجية، ألا ترى أنه لو أقر عند القاضي بذلك ثبت حق الرد وإن لم تثبت
الزوجية، فإذا كان الإقرار حقاً له وكان خصماً في إثباته قبلت بيته.

وليس كذلك البينة على نفس الكا، لأنه ليس بخصم في إثبات النكاح لأن
الزوجية تفصل عن ثبوت حق الرد لجواز ثبوت كل واحد دون صاحبه، وما لم تثبت
الزوجية هما لا يثبت له حق الرد وهو ليس بخصم فيه، فلا تقبل بيته، ويجوز أن يكون
خصماً في الإقرار بالشيء، وإن لم يكن خصماً في إثبات نفس ذلك الشيء. ألا ترى أن
المشتري لو أقام البينة على البائع أن العبد الذي باعه مني قد كان عتقه لم تقبل بيته، ولو

أقام البية على أن النائع أقر بأنه اعتقه قلت بيته، كذلك هذا.

٤٩٦- إذا أودع عبد إنسان شيئاً، ثم باع الوديعة من المودع، والوديعة عانة عن المشتري بعيدة منه، لم يضر قابضاً لها حتى تصل يده إليها، ولو أراد إنائع أن يأخذها ليحبسها على استيلاء الثمن قبل وصول يده إليها، كان له ذلك. ولو كانت الوديعة حاصرة عند السح صار بنفس العقد قابضاً، ولو أراد ارتجاعها منه ليحبسها على استيلاء الثمن لم يكن له ذلك.

والفرق بينهما أن قصص المودع للنائع إلا أن يقبضه لنفسه، بدليل أنها لو تلتعت تلتعت من مال البائع، فصار كما لو كانت في يده فأراد حبسها على الثمن كان له ذلك، كما هذا.

وليس كذلك إذا كانت حاصرة، لأن يده كانت للنائع إلا أنه بالإبداع صار كالمستحفظ له في كل ساعة، ولو أودعها بعد الشراء وهي حاصرة فسميها إليه صار قابضاً، كذلك هذا، والمعنى فيه أنه رضي بخروج المبيع من يده قبل قبض الثمن، فإذا أراد ارتجاعه لم يكن له ذلك بخلاف المسألة الأولى.

٤٩٧- إذا رهن عبداً إنسان فباعه منه والعبد ليس بحضرتهما لم يضر قابضاً. ونحو عصب عبداً فاشتراه وليس العبد بحضرتهما صار بنفس العقد قابضاً

والفرق أن المرهون أمانة، بدليل أنه لو كفّل إنسان للراهن الرهن لم يصح، وبدليل أنه لو كان مضموناً لم يخل إما أن يكون مضموناً بالقيمة، أو بما يلاقيه والرهن غير مضمون بالقيمة، بدليل أن الدين لو كان أقل من القيمة لم يغرم الرائدة على الدين، لو كان أقل من القيمة لم يغرم الزيادة على الدين، ولا هو مضمون بما يلاقيه، بدليل أنه لو كانت القيمة ألفاً والدين ألفين، فإذا تلف رجوع عليه بالألف، وإذا لم يكن مضموناً بالقيمة ولا بما يلاقيه ثبت أنه أمانة، إلا أن الدين سقط بتلفه، صار الموجود من القبض عبر ما أوجه العقد، فلم ينب منابه، كما لو أودعه ثم باعه.

وليس كذلك الغصب، لأنه مضمون في يده والسح يقبض قبضاً مضموناً، فصار الموجود من جنس ما أوجه العقد، فتاب منابه، كما لو غصب بعد العقد.

وإن شئت قلت لما كان للمرهون أمانة فإذا اشتراه لم يوجد بعد الصمان، فصار كما لو لم يوجد نقل العين.

وليس كذلك المغصوب، لأنه نقل الصمان، لأنه كان مضموناً بالقيمة، وقد منه إلى ضمان الثمن، فقد وجد نقل الضمان، فصار كما لو نقل العين من محل إلى محل يصير

به فبضاً، كذلك هذا.

٤٩٨- إذا باع عبداً أبقاً له من ابنه الصغير لم يحر. ولو وهب له جار.
وافرق أن البيع يوجب ضمان التسليم، ولا يقدر على تسليم الأبق سم يحر إيجاب
التسليم عليه، فصار بيعاً لا يوجب ضمان التسليم، فكان باطلاً.
وليس كذلك الهبة لأن الهبة لا توجب ضمان التسليم، لأن العقد عقد تبرع،
فاستحال أن يوجب ضماناً، وإنما يوجب نقل اليد، وقد نقل حكم يده إليه، فصار كما
لو كان حاصراً.

ولأن العبد في يد الأب على وجه الأمانة لاستحانة أن يكون ملكه مضموناً عليه،
والهبة تقتضي قصص أمانة، فصار الموجود من جس ما أوجه العقد، قائم مقامه.
وليس كذلك البيع لأنه يقتضي قبضاً مضموناً، والعبد في يد الأب على وجه
الأمانة، فلم يوجد قصص من جس ما أوجه العقد، فلم يصر قابضاً ما لم تصل يده إليه.
٤٩٩- إذا أرسل الأب غلامه في حاجة ثم باعه من ابن له صغير، فلم يرجع العبد
حتى بلغ الابن ثم رجع العبد فقضه الأب لم يصح قبضه للابن، وإذا تلف قبل التسليم إلى
الابن تلف من مال الأب^(١). ولو اشترى الأب عبداً لابنه الصغير من أجنبي ولم يقض
بلغ الابن ثم قبض الأب جاز قبضه له.

والفرق أن قبض الأب من نفسه إذا باع من ابنه الصغير إنما يكون بحق الولاية لا
بحق العقد، لأن حقوق العقد تتعلق بالابن فيما يبيعه الأب منه، لأن الأب من الولاية ما
يخرج نفسه من العهدة، ويلزمه العهدة بعقده، ولو قلنا أن حق القبض يجب للأب لصار
موجباً ومستوفياً لنفسه على نفسه، فوجب ألا يجوز، فلما جاز دل على أن حق القبض
يجب للابن، وإنما يقبضه الأب له بحق الولاية، فإذا باع زالت ولايته فصار هو كالأجنبي،
فسم يقع قبضه له.

وليس كذلك إذا اشترى من الأجنبي، لأن حقوق العقد تتعلق بالعائد وهو الأب،
والقبض من حقوق العقد، فوجب له حق القبض بالعقد بالولاية، والعقد باق ففني
حقوقه، فإذا قبضه جاز كما لو كان وكيلًا لبايع.

٥٠٠- إذا أودع رجلاً شيئاً فوضعه في بيته، ثم التقيا وليس الشيء بحصرتيها فوجه
من المودع جازت الهبة وصار قابضاً. ولو باعه منه لم يجر البيع حتى تصل يده إليه.

(١) انظر البحر الرائق (٥٢٨/٨).

ويعرف أن الوديعة أمانة كاهبة، والهبة تقتضي قبضاً غير مضمون، فصار الموجود من جنس ما أوجه العقد، فتاب ماله.

وليس كذلك البيع، لأن البيع يقتضي قبضاً مضموناً، والوديعة أمانة، فصار الموجود من القبض غير ما أوجه العقد فلم يقع عنه.

٥٠١- ولو اشترى عبداً بألف درهم ولم يقنصه حتى وهبه للبائع وقبله النافع كانت الهبة قبضاً للبيع. ولو باعه من النافع لم ينتقض البيع.

والمرق أن الشراء يقتضي قبضاً مضموناً، والمبيع في يدي البائع مضمون عليه، ويستحيل أن يستحق على غيره تسليم ما هو في يده مضمون عليه، فصار هذا شراء لا يوجب التسليم فكان باطلاً، وإذا بطل لم يؤثر في رفع العقد.

وأما الهبة فلا تقتضي ضمان التسليم، والشئ في يده مقبوض غير مضمون، فصار الموجود من جنس ما أوجه بالهبة فصحت الهبة، وإذا جازت الهبة فات القبض في البيع الأول، فبطل البيع الأول، وبطلان البيع الأول يوجب بطلان الهبة فيبطل الجميع.

وروجه آخر أن لفظ الهبة لفظ عام يصلح لابتداء التمليك، ويصلح لدفع ما كان، نقول هب لي ضرب عبدك يعني ارفع عنه راعف عنه، وإذا كان اللفظ عاماً ولا يمكن حصره على ابتداء التمليك، لأن هبة المشتري قبل القبض لا تحوز، لأنه بفوت القبض في (المبيع، وفوات القبض في المبيع يوجب بطلان البيع، وبطلان البيع يوجب بطلان الهبة) لم تصح الهبة، وإذا لم يحمله على ابتداء الهبة حل على رفع ما كان، فصار كأنهما تقابلا وقالاً رجعاً ذلك، فكانت إقالة.

وليس كذلك لفظ البيع، لأن البيع عبارة عن ابتداء التمليك، ولا يستعمل في رفع ما كان، وابتداء تملكه لا يجوز، واللفظ لا يصلح لرفع ما كان فلم يكن بيعاً ولا إقالة، فصار كأنه لم يكن، وبقي البيع بحاله.

٥٠٢- إذا أودع رجل عبداً فأبقى منه ثم وهبه صاحبه من المودع حار. وبو عصبه منه غاصب، ثم وهبه صاحبه من المودع لم يجز.

والفرق أن في الغصب زالت يد المودع، بدليل أنه حدثت يد أخرى عليه وصار مضموناً على الغاصب، ولم يصر بفن العقد قابضاً، كما لو كان في يد غيره.

وليس كذلك إذا أبقى، لأن حكم يده باق فيه، بدليل أنه لم تحدث يد أخرى عليه فصار كما لو بقي حقيقة اليد ولو بقي في يد المودع ووهبه منه صح، كذلك هذا.

٥٠٣- إذا اشترى الصحيح عبداً بألف درهم ولم يقد الثمن، وعليه دين، ثم مرض

المشتري فوجد بالعبد عيباً له أن يردّه، ويجزى القاصي على القول. ولو مات وأراد الوصي أن يردّه بالعيب لم يكن له ذلك.

والفرق أن حق الرد وجب له بظاهر العقد، (وحق العريم مشكوك فجار له رده). وليس كذلك الوصي، لأن حق العريم تعلق بعين مال الميت، وهذا العبد ماله. فتعلق حقهم به فهو بالرد يبطل حق العريم من غير تركته بغير رضاه، فلم يكن له ذلك، كما لو أثر بعض الغرماء على بعض.

٥٠٤- فلو رد المشتري عليه بقضاء قاض ثم مات المشتري من مرضه خير البائع بين أن يغرم نصف الثمن للغرماء وبين أن يرد العبد ويبطل الرد. ولو رد بعير قضاء ثم مات لرمه نصف الثمن للغرماء.

والفرق أن الرد بعير قضاء ابتداء فليك بينهما على التراضي، فصار كما لو اشترى منه بمقدار الثمن ابتداء ثم جعله قصاصاً بما كان له عليه من الثمن الأول، فيصير مؤثراً بعض الغرماء على بعض، فلم يجز ورد النصف، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كان الرد بقضاء لأن الرد بقضاء يقع فسخاً للعقد الأول، فملكه لا بعقد ضمان، فوجب حق الغير فيه بغير فعله، فيختار بين أن يدفع العين ليرأ من الضمان وبين أن يقدي بتسليم العين له كما قلنا في العبد إذا جنى حناية.

٥٠٥- المريض إذا رد المشتري بالعيب، وقيمة العبد أكثر من الثمن الذي نقده بما يتغابن الناس فيه، لم يجز إذا كان عليه دين. ولو رده الوصي وقيمته أكثر من الثمن بما يتغابن الناس فيه جاز.

والفرق أن المريض هو الموجب للدين للغرماء، فإذا رد المبيع وقيمته أكثر فهو يبطل ما أوجبه من الحق فلم يجز.

وليس كذلك الوصي، لأنه لم يوجب الدين فلم يبطل ما أوجبه، ويحوز ألا يقدر وهو على أن يبطل حقه، وغيره يقدر عليه كما لو باع شيئاً ثم أقام البيعة أنه لم يكن له لا نقبل بيته، ولو أقام أجنبي البيعة أنه كان له قبلت، وكذلك المضارب لو باع مال المضاربة بما يتغابن الناس فيه جاز، ورب المال إذا باع مال المضاربة بما يتغابن الناس فيه جاز كذلك هذا.

٥٠٦- إذا كان عبد في يد رجل وأقام رجل البيعة أنه باعه من الذي في يده بألف درهم وأقام آخر البيعة أنه باعه من الذي في يده بمائة دينار فعليه الثمان جميعاً، فإن وجد به عيباً فليس له أن يردّه عليهما ولكن يرد على أحدهما ولا سبيل له على الآخر بعد

ذلك. ولو حدث عنده عيب آخر لا يقدر على الرد فله أن يرجع بقصان العيب على كل واحد منهما، ومتى أخذه من أحدهما فله أن يأخذه من الآخر بعد ذلك.

والمرق أن من شروط الرجوع بجميع الثمن رد المبيع عليه، ومتى رد على أحدهما لم يقدر على رده على الآخر، فلم يوجد شرط الرجوع بالثمن، فلم يكن له أن يرجع.

وليس كذلك الرجوع بقصان العيب، لأنه ليس من شرط الرجوع بقصان العيب القدرة على الرد، بدليل أنه لو تلف المبيع كان له حق الرجوع بقصان العيب، وإذا لم تكن القدرة على الرد شرطاً في الرجوع بقصان العيب استوى رجوعه على الأول وعدمه في حق الثاني، ولو لم يرجع على الأول يرجع على الثاني، كذلك إذا رجع كما لو مات العبد.

٥٠٧- إذا اشترى زق زيت بمائة درهم، على أن الزق وما فيه له، على أن وزن ذلك كله مائة رطل، فوزن فوجد ذلك تسعين رطلاً فالشراء جائز، وكيفية الرجوع المذكورة في الجامع^(١).

وقال في كتاب البيوع نو قال بعثك هذا العدل على أن فيه حسين ثوباً موجدته تسعة وأربعين فالباع فاسد.

والفرق أن العقد انعقد بذلك القدر من الزيت في الذمة، وشرط إيفاءه من العين، كما نو قال: بعث منك قفيزاً من هذه الصبرة، والدليل على أنه إذا قال: بعثك قفيزاً من هذه الصبرة، انعقد على قفيز من الذمة ليوفيه من العين أنه لو لم يكن كذلك لكان لا يخلو إما أن يعقد على قفيز شائع في الحملة أو قفيز واحد غير معين، ولا يجوز الأول، لأنه لو تلف الجميع إلا قفيزاً فإنه يكلف بتسليمه إليه، ولا يجوز أن يقع على قفيز بغير عيه، لأنه محمول فدل على أن العقد ينعقد على ذلك القدر من الزيت في الذمة، وإذا وجد أقل تعدر التسليم فيه فانفسخ العقد، وانعساخ العقد في بعض لا يوجب بطلان العقد في الباقي، كما لو جمع بين عد ومدبر وباعهما فإنه لا يوجب بطلان العقد في العبد، كذلك هذا.

وليس كذلك الثوب، لأن العقد على الثياب لا يعقد في الذمة، لأن الثوب لا يثبت في الذمة إلا موجلاً، لأنه لو قال بعثك هذا العبد بثوب في الذمة لم يجر إلا موجلاً، وبصير سلماً بخلاف ما لو باعه باخضة فقد انعقد العقد على العين، فقد عقد على أعيان موجودة ومعدومة، والمعلوم لا يدخل تحت العقد فقد جمع في العقد ما بين ما

(١) انظر الجمع الكبير (ص ٢٢٤) والبحر الرائق (٣١٢/٥).

يصح دخوله فيه وبين ما لا يصح دخوله، وسمى شيئاً واحداً فطل العقد، كما لو جمع بين حر وعبد وباعهما بثمن واحد.

٥٠٨- إذا اشترى عبداً وباعه، ثم تصادق المشتري الثاني والمشتري الأول أن ذلك البيع الذي بينهما كان فاسداً، أو كان تلحقة، ثم وجد به المشتري الأول عبداً دلّسه له البائع الأول، وأبى البائع الأول أن يقبله لما كان من المشتري الأول والمشتري الآخر من الإقرار بالبيع، فليس له ذلك ويرد العبد عليه.

ولو اتفق البائع والمشتري أن البيع كان فاسداً لم يطل حق الشفيع، ولم يصدق على ذلك.

والفرق أن اتفاقهما على هذا المعنى يوجب رفع العقد الأول ومسخه، فصار كما لو رده عليه بقضاء القاضي، ولو رده عليه لم يطل حق الشفيع، وله أن يرده بالعيب على بائعه الأول، كذلك هذا، ولأنه لا حق لبائعه الأول في العقد الثاني، وإنما الحق فيه للبائع والمشتري، فقد اتفقا على فساد عقد الحق فيه لهما، فصدقا وصار كأن لم يكن في مسألة الشفعة للشفيع حق في عقد البائع والمشتري، فقد اتفقا على فساد عقد، والحق فيه لغيرهما، لأن الشفيع يأخذه بإيجاب البائع فلم يصدق على إبطال حق غيرهما وصار وزانه في المسألة الأولى أن لو سلم الشفيع الشفعة، ثم اتفقا على فساد البيع فصدقا، كذلك هما.

٥٠٩- إذا قال: بعثك هذا العبد بألف درهم، فقال المشتري: فهو حر، قال أبو حنيفة: يصح العقد ويلزمه ألف درهم ويعتق العبد عليه. ولو قال: بعثك هذا العبد، فقال المشتري: هو حر لم يصح العقد، ولم يلزمه الثمن ولا يعتق.

والفرق بينهما أن قوله فهو حر لا يستقل بنفسه ابتداء الكلام، لأنه لا يتبدأ بالقضاء، فصار جواباً لإيجاب الماضي، فكأنه قال: قبلت فهو حر، ولو قال ذلك عتق.

وليس كذلك إذا قال هو حر، لأن هذا يصلح لابتداء الكلام من غير إصهار، فيحتمل أن يقول هو حر فلا أشتريه، وإذا لم يكن في اللفظ ما يدل على إصهار القول فيه وأنه جواب للإيجاب الأول لم يضر فيه شيء، فلم يكن القول مضمرًا فيه، فبقي إعتاق من غير قبول، فلم يجز.

٥١٠- إذا قال: «بعثك هذه العمة فإذا هو كبش فالبيع جائز».

وإذا قال: بعثك هذه الجارية فإذا هو غلام فالبيع فاسد.

والفرق أن المقصود من الجارية الاستخدام والاستمتاع والاستمراش، وأما المقصود من الغلام التصرف والاستخدام والتجارة، فالأغراض منهما تساعد فصار اختلاف

الأعراض كاختلاف الأحاس، ولو سمي جسناً وأشار إلى حس آخر لم يحز، كذلك هذا. وليس كذلك العجة والكبش لأن المقصود منهما يتقارب، وهو اللحم منه يفسد كالحسين المختلفين، فقد سمي جسناً وأشار إلى ذلك الحس، فلم ينع صحته لعدم بيان قيل المقصود من العجة اللبن.

قلنا: اللبن ربما يوجد وربما لا يوجد، ولا تختلف القيمة باختلافه وتختلف باختلاف اللحم، دل على أنه مقصود عائلاً لا اللبن.

٥١١- إذا اشترى فصاً على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج وهو لا يعلم ذلك فالباع فاسد، وتعتبر التسمية^(١). ولو قال لامرأته: يا زين أنت طالق، وأشار إلى عمرة وقع الطلاق على عمرة دون زين وتعتبر الإشارة.

والفرق أن الياقوت ليس من جنس الزجاج، فقد سمي جسناً وأشار إلى جنس آخر فقد ألزم إبقاء المسمى من المشار إليه إبقاء المسمى من المشار إليه لا يمكن فطل العقد معجزه عن التسليم.

وليس كذلك عمرة وزين لأيهما من جنس واحد فقد سمي جسناً، وأشار إلى ذلك الجنس، والإشارة أكد أنها فعل لا يشاركه فيه غيره، وفي التسمية شاركهما غيره فكان أولى.

٥١٢- إذا ملك جارية وابناً لها صغيراً وزوجها وهو أب الصغير، فليس يعني أن يفرق بينهم، لا يباعون إلا معاً. ولو كان له ثلاثة أعبد إحوة وأحدهم صغير والباقيان كيران فله أن يبيع أحد الكبيرين.

والفرق أن ههنا الحرمة واحدة، وهي جهة الأخوة، وكلهم يدلون إلى جهة واحدة وهي الأمومة أو الأبوة، والدليل عليه أن حق الحضانة فيهم لا يترتب دل أن المحبة واحدة ففي بيع أحدهما لا يكون قطع جهة الأخوة عنه، فحاز كما لو لم يبيع واحداً منهم.

وفي الأبوين الجهات احتملت بدليل أنه يترتب إحدى الجهتين على الأخرى في الحضانة، لأن الأم أولى ما دام صغيراً، وإذا كبر فالأب أولى، لأن جهة الإدلاء منهما مختلفة، لأن أحدهما يبلي بالأمومة والآخر بالأبوة، ولا يمكن توفير حقه من الجهتين، لأن حقه من جهة الأم التربية والتعذية، ومن جهة الأب التأديب، ففي بيع أحدهما قطع حقه

(١) انظر الفداية (١٢٠/١) والمسوط للسرخسي (١٢/١٣)، وكذا الشيباني (٩٥/٥) وشرح فتح القدير (٣٣٤/٦).

عن إحدى الجهتين، فلم يجر، كما لو لم يكن إلا أحدهما معه فإنه لا يجوز التصرف، كذلك هذا.

٥١٣ رجل اشترى من رجل داراً في يد ثالث بعبد ودفع العبد إليه، فخاصم المشتري صاحب اليد، فلم يسلم إليه الدار، فقضى القاضي بفسخ العقد بينهما، ورد العبد إلى المشتري للدار، ثم تصدق الذي في يديه الدار بالدار على المشتري، أو وهبها منه لا يكلف المشتري بتسليمها إلى السائع، ولا يقال أنت بالشراء منه أقررت بأن الملك له فيلزمك التسليم. ولو أنه أقر بأن هذه الدار للبائع، ثم اشتراها منه، ثم فسخ البيع لتأخير التسليم، ثم وصلت إليه بالصدقة أو الهبة يكلف تسليمها إلى بائع الدار المقرر له.

والفرق بينهما أنه بالدخول مع البائع في الشراء، مقر بأن الدار له، إلا أن إقراره من ضمن عقد بيع، لأنه لم يفرد من العقد ولم يصرح به، وللقاضي ولاية في فسخ العقود فإذا فسخ العقد فسخ الإقرار الذي هو في ضمنه، كمرضى باع عبداً له يساوي ألفاً بمائة لا مال له غيره صار محايياً للمشتري وموصياً له به ويقال للمشتري رد في الثمن بقدر ثلثي المحاباة، وإلا فسخ العقد، وإذا فسخ العقد فسخ ما في ضمنه وهو المحاباة والوصية حتى لا يكون للمشتري شيء لهذا المعنى، كذلك ههنا.

وليس كذلك إذا أقر بها للبائع صريحاً، لأنه أفرد بالإقرار، وليس للقاضي ولاية في إبطال الأقاير وهو بالشروع معه في العقد مقر بالملك له ضمناً للعقد، وقد أقر أيضاً صريحاً فإذا فسخ العقد بطل ما هو في ضمنه في الإقرار، وبقي إقراره صريحاً بالملك له، فيكلف تسليم ما أقر به إليه، كما لو أوصى لإسكان بثلاث دارة وباع الباقي منه بالمحابة ثم لم يزد المشتري في الثمن ففسخ العقد لم تبطل الوصية، كذلك هذا.

فإن قيل قد ثبت الإقرار في ضمن الشيء لم يبطل ذلك الشيء ولا يبطل ما هو في ضمنه، كما لو أقر بأخ فإن النسب لا يثبت، وبشاركه في الميراث.

قلنا لم يبطل إقراره بالأخوة في حقه، وههنا حكم بإبطال إقراره، لأنه كان في ضمن العقد.

٥١٤ - إذا أسلم إلى رجل في كر حنطة، ثم إن المسلم إليه اشترى من رجل كر حنطة، وقال لرب السلم اذهب وكله لنفسك، فذهب وكاله كيلاً واحداً، لم يجر حتى يكيه مرتين كيلاً للمشتري وكيلاً لنفسه. ولو استقرض المسلم إليه من رجل كر حنطة فأمر رب السلم ليكيه لنفسه ويقضه فقبضه كيلاً واحداً جاز.

والفرق أن ملك المشتري لا يتعين إلا بالكيل، لأنه اشتراها مكايلاً فما لم يكل له لم

يعين ملكه، فإذا كاله له صار كالوكالة بعينه، وإذا لم يكله نائياً لم يصرف قابضاً، كذلك هذا. وليس كذلك القرض، لأن القرض عقد تبرع، فلا يحتاج في تمامه إلى الكيل، ولو أقرضه حنطة بمخازفة جاز، والقول قول القابض مع يمينه في مقداره، فلم يكن كيله للمستقرض مستحقاً فصار المستحق كيله لنفسه، وقد وجد فصار كما لو استقرضه حريقاً ثم إنه كاله عليه، ولو كان كذلك تعين فيه، كذلك هذا، والأصل في هذا الخبر، وتركه القياس لأجله في البيع وهو ما روي عن النبي ﷺ: «أنه من بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري»^(١)، ولم يشترط فيه قص يد له إذا كان ورثه في المجلس فجاز أن لا يشترط كيله مرتين بخلاف البيع.

٥١٥- إذا اشترى مكيلاً مكايلاً، وقضه لم يجز له أن يبيعه، ما لم يكله. ولو اشترى ثوباً مذارعة وقضه جاز له أن يبيعه قل أن يذرعه.

والمرق أن ملكه يتعين فيه بالكيل، بدليل أنه لو كاله فوجده أكثر مما اشتراه رد عليه، فإذا لم يكله لم يعين ملكه فيه، فقد باع قبل تعيين ملكه، فلم يجز.

وليس كذلك المذروع لأن ملكه يتعين فيه قبل اذرع، لأن الذراعان صفة للثوب بدليل أنه لو باع ذراعاً من الثوب لم يجز، وبدليل أنه لو اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعاً لم يلزمه رد الذراع الزائد دل على أن الذراع صفة للثوب، ولا يكون معرفة الصفة شرطاً في تعيين الملك، فتعين ملكه فيه بالقصص، فقد باع بعد تعيين ملكه فجاز، وفي المعداد - روايتان وسندكره إن شاء الله تعالى في موضعه.

٥١٦- رجل قال لرجل: بع عبدك هذا من فلان بألف درهم على أي ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف، فباعه من فلان بألف درهم فإن هذا جائز لفلان بألف، وعلى هذا خمسمائة سوى الألف. ولو قال: بع هذا لفلان بألف على أي ضامن خمسمائة، ولم يقل من الثمن، فباعه من فلان بألف فالبيع جائز من فلان بألف، ولا شيء على الضامن.

والفرق بينهما أن العقد يوجب ضمان الثمن، فإذا قال على أي ضامن بخمسمائة من الثمن فقد أضاف الضمان إلى ما هو واجب بالعقد، فقد ضمن مضموناً لصح الضمان.

(١) رواه البيهقي في الكبرى (٣١٦/٥)، والبارقطي (٨/٣)، وابن ماجه (٧٥٠/٢) وانظر إجاز الإنصاف (ص ٢٨٨)، وبداية المجتهد (١٥٧/٢) وعون المعود (٢٨٣/٩)

وليس كذلك إذا لم يقل من الثمن، لأن العقد لا يوجب ضماناً سوى الثمن فإذا لم يضاف إلى الثمن لم يكن مصموتا، فقد ضمن غير مصنون فلم يصح الضمان كما لو ضمن الوديعة للمودع.

٥١٧- إذا قال رجل لعبد: «اشتر لي نفسك من مولاك، فيقول نعم، فيأتي مولاه فيقول: يعني نفسي لفلان مكدا، ففعل فهو جائز، وهو الذي أمره». ولو قال: يعني نفسي ولم يقل لفلان ماعه فهو حر.

والفرق أنه لما قال: يعني لفلان، فقد طلب منه نقل الملك من نفسه إلى غيره ببدل، ولا يمكن نقل الملك إلا بعد بقاء الرق فيه، فإذا أجابه المولى إلى ذلك فقد أجابه إلى ما يوجب بقاء الرق، فلم يكن معتقاً، فلا يعتق، ويكون بيعاً.

وليس كذلك إذا قال يعني نفسي، لأن بيع العبد من نفسه إعتاق، فقد وكله بأن يعقد له عقد بيع مخالفه، وطلب عقد عتاق، فإذا أجابه إلى ذلك صار مجيباً إلى ما سأله العبد فصار حراً، كما لو قال: أعتقني، فقال: أعتقتك.

٥١٨- إذا قال غلام لرجل: اشترني من فلان فإني عبده، فاشتراه فإذا هو حر، والبائع عائب رجوع على العبد بالثمن، وله أن يرجع على البائع إذا قدر عليه، ولو كان البائع حاضراً رجوع عليه بالثمن، ولم يرجع على العبد بشيء. ولو قال: خذني رهناً من فلان فإني عبده، فارتنه بمال، ثم تبين أنه حر لم يرجع على العبد بشيء.

والفرق أنه لما قال اشترني فإني عبده فقد ضمن سلامة رقبته له ببدل، فإذا تبين أنه كان حر الأصل صار غاراً على عوض هو مال، فصار كالبائع، وكما لو قالت تزوجني بإني أمة فإذا هي حرة كانت غارة، كذا هذا، فإن كان البائع غائباً أدى غروره إلى إتلاف مال المشتري وهو الثمن، فرجع على الغار، وإذا كان البائع حاضراً لم يؤد غروره إلى إتلاف مال المشتري فلا يرجع عليه.

وليس كذلك الرهن لأنه لا يتضمن سلامة رقبته له، لأن الرهن ليس ببدل عن الدين، وإذا لم يتضمن سلامة عوض هو مال لم يغرم له شيئاً.

٥١٩- إذا أسلم إليه عشرة دراهم في كُرْ حنطة، ثم إن المسلم إليه أسلم في كُر حنطة إلى رب السلم، فحل الأجل فأراد أن يجعله قصاصاً يسلمه لم يكن له ذلك^(١).

(١) انظر مختصر اختلاف العلماء للجصاص (٢٣/٣) والبحر الرائق (٤٩٣/٨) والهداية شرح البداية (١٦٤/٣). والبيوط (١٧١/١٢، ١٨٨، ١٩٦) وتحفة الفقهاء (١٢/٢).

وإن غصه كراً بعد عقد السلم فأراد أن يجعله قصاصاً له ذلك وإن غصه قبل العقد، فأراد أن يجعله قصاصاً به لم يكن له ذلك إلا أن يكون قائماً بعينه، فيجعله قصاصاً به صار قصاصاً، سواء كان الكرم المعصوب بحضرتهما أو لم يكن ولو أودعه كراً بعد العقد أو قبله، ثم أراد أن يجعله قصاصاً لم يكن قصاصاً إلا أن يكون بحضرتهما، أو يرجع إلى بيته فتصل يده إليه.

والفرق أن السلم يقتضي قبضاً مضموناً بعد الوجوب المقبوض، لأن من له على إنسان عشرة دراهم فقتضاه عشرة صار مضموناً على القابض، أو لم يصر قصاصاً بماله عليه، وإذا أسلم المسلم إليه في كرم حنطة ثم قاصه به فلو قلنا: إنه يجوز لصار قابضاً بالسلم ديناً، لا مقتضياً للسلم، وقضاؤه الدين به تصرف منه في المسم في قبض القابض، تصرفه فيه لا يجوز فلم يصر قصاصاً.

وليس كذلك إذا غصب، لأنه وجد قبض مضمون بعد الوجوب، فصار مستوفياً السلم منه، فجاز كما لو قضاؤه، وأما إذا غصه قبل العقد فلم يوجد قبض مضمون بعد وجوب حق القبض له، فلم يصر مستوفياً للمسلم فيه، وإنما كان قائماً في يد العاص فهو مقبوض مضمون في يده، فإذا قاصه به صار قابضاً به بنفس المقاصة قسماً مضموناً، فصار كما لو كان في يده فسلمه إليه في الحال.

وأما الوديعة فمقبوضة غير مضمونة، فلم يوجد القبض الذي اقتضاه العقد، فلم يصر قابضاً إلا أن تصل يده إليه، فإذا وصلت صار مضموناً عليه، وقد وجد القبض الذي اقتضاه العقد، فصار قابضاً.

٥٢٠ - وينعقد البيع بلفظ البيع والتملك وكل لفظ يفيد معنى البيع، وروى الحسن

عن أبي حنيفة رحمه الله عليه أن المفاوضة لا تعقد إلا بلفظ المفاوضة^(١).

والفرق أنه إذا قال ملكتك أو أعطيتك فقد أتى بمعنى البيع، فصار بيعاً، وإن لم ينطق به ألا ترى أنه لو أتى بمعنى الصدقة والإباحة صار صدقة وإباحة وإن لم ينطق به وهو أن يعطي الفقير قطعة أو ينثر السكر على صدقة صار مبيعاً لمس التقطه، وكذلك لو دنع إلى انبقال كسرة وأخذ فاكهة صار بيعاً، وإن لم ينطق به، لجريان العادة، ولأنها ربما تقوم مقام اللفظ، كذلك هذا.

(١) انظر المبسوط للسرْحسي (١٥٤/١١) وحاشية ابن عابدين (٤٤٣/٢) واندر المختار (٤/٣٠٧) وبدنع الصنائع (٦٢/٦).

وأما في المفاوضة فلم يأت بمعنى المفاوضة لأن هذا اللفظ عام لا يعرف معناه إلا فقيه، وإذا لم يأت بمعنى المفاوضة لم تصر مفاوضة، قال المصنف الإمام رضي الله عنه: «بأن كان مقيماً يأتي بجميع معاني المفاوضة ولم يتلفظ بلفظ المفاوضة صارت مفاوضة أيضاً، ولا رواية تدفع هذا».

٥٢١- روى هشام عن محمد فيمن اشترى صدقة فوجد فيها لؤلؤة أو سمكة فوجد فيها لؤلؤة فهي لمشتري. ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للرائع. والفرق أن اللؤلؤة تولد من الصدفة فصار كبيع الطير والسمك، وأما السمك فاللؤلؤة من علفه، لأنه يأكل حيوان البحر، والصدف حيوان فصار كسمكة خرجت من جوفه.

وأما الدجاجة فلا تخلق اللؤلؤة منها، ولا هي من علفها فلا تملك بالعقد عليها، كما لو اشترى صندوقاً فوجد فيه متاعاً.

٥٢٢- رجل اشترى نصف عبد بمائة درهم، واشترى رجل آخر النصف الثاني من ذلك العبد بمائتي درهم، ثم باعاه مساومة بثلاثمائة درهم أو بمائتين فالثمن بينهما نصفان. ولو باعاه مراوحة بربح درهم كان الربح والثلث بينهما أثلاثاً.

والفرق بينهما أن المساومة لا تحتاج إلى مضمون العقد، بدليل أنه لو لم يكن للعقد ثمن مضمون مثل إن وهب له فله أن يبيعه مساومة، وإذا لم يعتبر مضمون عقدهما صار كما لو لم يشترياه ولكنهما ورثاه فباعاه مساومة، ولو كن كذلك كان الثمن يسهما نصفين، كذلك هذا.

وليس كذلك المراوحة لأن بيع المراوحة يبيع بمضمون العقد الأول وزيادة، بدليل أنه لو ورث شيئاً أو وهب له لم يبعه مراوحة، ومضمون عقدهما فيه مختلف فقسماً أثلاثاً، فانقسم الثمن أثلاثاً.

«كتاب الصرف»

٥٢٣- إذا اشترى ألف درهم بمائة دينار، وليس عند واحد منهما دراهم ولا دنانير، ثم استقرض كل واحد منهما مثل ما ساء في بيعه، ودفعه إلى صاحبة قبل أن يتفرقا جازاً^(١). ولو باع كر حطة بكر شعير، وليس ذلك عند كل واحد منهما ما باع، ثم استقرضا وأحضرا وسلموا في المجلس لم يجر، وكذلك الحيوان والعروض.

(١) انظر البحر (٢٦٨/٨، ٢٧٩) والمبسوط (١٤/١٤، ٦٨).

والفرق أن الدراهم والدنانير لا يتعنان في العقد، إذ لو عينا لم يتعين، لأن له أن يدفع مثل ما عين، وإذا لم يتعين لم ينع صحه العقد، فاعقد العقد بمضمون في ذمتها، إلا أنه عقد صرف، فيحتاج إلى القصد في المجلس، فإن وجد تم.

وليس كذلك الحطة والشعير، لأهما يتعينان في العقد، بدليل أنه لو باع قعير حنطة بعينه ثم أراد أن يمسكه ويسلم قعيرًا مثله، لم يكن له ذلك مردا تعير في الثاني تعين العقد فيه، ويصير كأنه باع ذلك العين، ولم يكن في ملكه، فقد باع مالا يكون عده، فلم يجر، والأصل فيه الخبر.

٥٢٤- إذا قال: أسلمت إليك عشرة دراهم، فأراد أن يجعله قصاصًا بما له عليه لم يجر^(١). ولو اشترى ألف درهم بمائة دينار فنقد الدنانير، فقال للآخر: اجعل الدراهم بالدراهم التي لي عليك قصاصًا وله عليه دراهم ففعل ذلك جاز.

والفرق أن ابتداء عقد الصرف بما في الذمة جائز، بدليل أنه لو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فقال: اشتريت منك بها دينارًا ونقده في المجلس، جاز وإذا جاز ابتداء عقد الصرف بما في الذمة جاز صرف العقد إليه كما لو اشتراه بمائة في كيس، جاز له أن يعده من كيس آخر.

وليس كذلك في باب السلم لأن ابتداء عقد السلم بما في الذمة لا يجوز، فلم يجر صرف العقد إليه، دليله الخمر والخزير. وإذا لم يجر صرفه إليه فإذا لم ينقده في المجلس بطل، كما لو لم يكن له عليه دين.

٥٢٥- إذا اشترى عشرة دراهم بدينار ونقده الدينار ثم اشترى منه ثوبًا بعشرة دراهم فصار له عليه عشرة دراهم، فقال اجعلها قصاصًا قبل أن يتفرقا لم يكن قصاصًا وإن تراضيا بذلك.

ولا يشبه هذا قوله: اجعل الدراهم بالدراهم التي لي عليك قصاصًا، وله عليه دراهم ففعل ذلك جاز.

والفرق أن في المسألة الأولى الدراهم وجت على بائع الدنانير بعقد الصرف، وابتداء عقد الصرف بمضمون في الذمة جائز، فجاز صرف العقد إليه، كما لو قال: بعك بعشرة من هذا الكيس، ثم نقده من كيس آخر.

وليس كذلك المسألة الأخيرة، لأن الدراهم كانت واجبة بعد عقد الصرف ابتداء،

(١) انظر تحفة الفقهاء (٨/٢)، (٩).

وابتداء عقد الصرف بدهم تجب في ثاني الحال لا يجوز فلم يجز صرف العقد إليه، كالرصاص واستوق.

٥٢٦- إذا باع من رجل عبداً بألف درهم إلى شهر على أن يوفيه إياه بالبصرة، كان جائزاً، وإذا حل له أن يطالبه به في أي موضع شاء حار.

وإن كان شيئاً له حمل ومؤونة لم يكن له أن يطالبه به إلا حيث شرط. ولو اشترى عبداً بألف درهم حالة على أن يوفيه إياه بالبصرة كان هذا شرطاً فاسداً. ولو افترض درهم على أن يوفيه بالبصرة كان هذا الشرط فاسداً.

الفرق بين هذه المسائل أن في المسألة الأولى أجل في الثمن أجلاً معلوماً وشرط لنفسه منفعة، وهو الإيفاء بالبصرة فصار كما لو شرط أجود أو أكثر.

وأما إذا لم يقل إلى شهر، وقال: على أن يوفيه بالبصرة فقد شرط أجلاً مجهولاً، لأنه لا يمكن الإيفاء بها إلا بعد أن يأتيها وربما تزيد مدة الإتيان بها، وربما تنقص فصار مشترياً بثمن إلى أجل مجهول، فلم يجز.

وأما القرض إذا شرط التسليم، فقد شرط التسليم بالبصرة، فصار مشروطاً فيه أجلاً مجهولاً، كما بينا وشرط لنفسه أيضاً منفعة، لأنه أسقط خوف الطريق وخطره عن نفسه، واشتراط الأجل في القرض لا يجوز، وإذا شرط منفعة زائدة لا يجوز، كما لو اشترط أن يرد أجود.

وأما الفرق بينهما وبين ما له حمل ومؤونة وما لا حمل له ولا مؤونة، أن التسليم فيما له حمل ومؤونة يختلف باختلاف الأماكن كما يختلف باختلاف الأوصاف، بدليل أنه لو غصب من إنسان ما له حمل ومؤونة ببلد، ثم أراد أن يرده عليه ببلد آخر، لم يجز على قوله، ثم لو شرط الثمن بصفة فأزاد أن يسلمه إليه بصفة أخرى لم يجز على قوله، كذلك هذا.

وأما ما لا حمل له ولا مؤونة فالتسليم فيه لا يختلف باختلاف الأماكن، بدليل أنه لو اعتصب من إنسان شيئاً لا حمل له ولا مؤونة ببلد فأراد رده ببلد آخر أجز على قوله، وإذا كان تسليمه في هذا المكان وفي مكان آخر لا يختلف استوت الأماكن كلها فيه، منه أن يطالبه في أي موضع شاء.

٥٢٧- إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فدفق إليه دنانير، وقال اسلمها وخذ

حكك منها فقصها، فتلفت عنده قبل أن يصرفها فإنها تهلك من مال المانع^(١). وهو رهن عنده شيئاً فتلف عنده سقط دينه.

والفرق أن في المسألة الأولى قبضه ليستوفي الحق من غيره، لأنه قال أصرفها ثم حكك منها فصار أميناً في العين، كما لو أجر منه عدداً لما قبضه ليستوفي حقه من مانعه كان أميناً في العين، كذلك هذا.

وليس كذلك الرهن، لأنه قبضه ليستوفي الحق من عينه، بدليل أن ما لا يمكن استيفاء الحق من عينه كالخمر والخنزير لا يصح رهنه فكان مضموناً كالمبيع في يد المشتري.

٥٢٨ - إذا استهلك الإنسان إزاء من فصة، فعليه قيمته إذا كان من الذهب مصوغاً، ولو أجله فيه شهراً جاز. ولو أقرضه دراهم ثم أجله بها شهراً لم يجوز.

والفرق أن بدل الإبراء دين مضمون يجوز الإبراء عنه أصلاً، وإذا جاز الإبراء جاز التأجيل، لأن الإبراء إسقاط الطلب لا إلى غاية، فإذا جاز ذلك فلا يجوز إلى مدة أولى. وليس كذلك القرض لأنه لا يجوز الإبراء عنه بدله، فلا يجوز التأجيل فيه كالأعيان المودعة عنده.

٥٢٩ - إذا باع سيفاً محلياً بسيف محلي وتفرقا قبل القبض بطل، ولا يجعل حلية هذا تبطل ذاك، حتى لا يشترط التقابض في المجلس، ولا يبطل العقد^(٢). ولو باع ديناراً ودرهماً بدرهمين وديناراً، جعل الدرهم بالدينار، والدينار بالدرهمين حتى لا يبطل العقد. والفرق أن بيع السيف المحلي بالسيف المحلي جائز وإنما يبطل بترك القبض، ونحن لا نحتال لانتفاء العقود، وإنما نحتال لتصحيحها، والعقد قد صح فلا ضرورة بما إلى صرف الجنس إلى غير الجنس.

وفي مسألة الدراهم والدينارين لو لم يصرف الجنس إلى غير الجنس لأبطلنا العقد أصلاً، وظاهر أمور المسلمين محمول على الصحة، فمتى أمكننا أن نحمل العقد على جهة صحة حملنا عليه ليصح العقد، ويحصل مقصود المتعاقدين وغرضهما.

٥٣٠ - إذا اشترى سيفاً محلياً على أن فيه مائة درهم بمائتي درهم وتفرقا وتناحسا فإذا في السيف مائتا درهم، فإنه يرد السيف^(٣). ولو اشترى إبريق فصة بألف درهم على أن فيه

(١) انظر فتاوى السعدي (٥٠٧/١)، واليسوط (٤٠/١٤).

(٢) انظر العدة المنفعة للعزوي (ص ٨٠)، وشرح فتح القدير (١٩٥/٥).

(٣) انظر الهداية شرح البداية (٨٣/٣)، واليسوط (٢٦٨/١٤).

ألف درهم وتقابضا وتفرقا فإذا فيه ألفا درهم فللمشتري أن يأخذ نصفه بألف درهم.
والمرق أن الشرع جعل الفضة بمثل وزنها، بدليل قول النبي عليه السلام: «الفضة
بالفضة مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا»^(١) فصار جعل الشرع لها بمثل وزنها كجعل
المتعاقدين، ولو تعاقدوا وباع منه نصف إبريق بألف درهم صح، كذا هذا، ولو باع منه
نصف حلية سيف لم يجز، كذا هذا.

٥٣١- إذا اشترى إبريق فضة على أن فيه ألف درهم بعشرة دنانير، فوجد فيه
ألفي درهم، كان كله له. ولو اشترى نقرة فضة بعشرة دنانير على أن فيها مائة درهم،
فوجد فيها مائتي درهم كان للمشتري نصفها.

والمرق أن الوزن في الإبريق صفة، وليس بتقدير، بدليل أن إفراده بالعقد لا يجوز،
لأنه لو قال: بعثك وزن مائة درهم من هذا الإبريق، لم يجز، فقد زادت صفة المعقود
عليه، ويجوز صلته بهذا الدل، فسلم إليه الجميع، كما لو اشترى ثوباً على أنه عشرة
أدرع، فوجده أحد عشر ذراعاً سلم له الذراع الزائد، كذلك هذا.

وليس كذلك وزن النقرة لأن الوزن في النقرة تقدير وليس بصفة، وبدليل أنه يجوز
إفراده بالعقد لأنه لو قال بعثك وزن عشرة دراهم من هذه النقرة جاز، فقد أراد تقدير
المعقود عليه، والعقد ينعقد بمقداره، فإذا وجد أكثر لم يتناول العقد تلك الزيادة، فوجب
رده، كما لو قال بعثك هذه الصرة على أنها عشرة أقمرة، فوجدها أحد عشر لزمه رد
القفيز الزائد، كذلك هذا.

٥٣٢- إذا باع قلب فضة على أنه مائة درهم بمائة درهم فوزن فوجد وزنه أكثر
قبل أن يتفرقا فللمشتري الخيار، إن شاء أخذه كله بمثل وزنه، وإن شاء تركه، وليس له
أن يأخذ مثل وزن دراهمه^(٢). ولو تفرقا فوجد وزنه مائة وحسين فله أن يأخذ ثلثه بمائة
درهم.

والمرق أن الصفقة لم تتم في المسألة الأولى لما لم يتفرقا، والشرع جعل الدراهم
بمثل وزنه، فإذا أراد أن يأخذ نصفه فقد تفرق الصفقة على البائع قبل تمامه والشركة في
القنْب عيب، فلم يكن له ذلك.

(١) رواه البخاري (٧٦١/٢)، (٢٦٧٥/٦)، ومسلم (١٢٠٨/٣)، (١٢٠٩)، (١٢١٢)، (١٢١٧). وانظر ألقاط
الحديث وتحريره في نصب الرأية للربيعي (٤/٤)، (٣٥)، (٣٧)، (٤٣)، (٥٦) والدرية للمحافظ (١٥٦/٢)
وخلاصة البدر السير لابن الملق (٥٣/٢).

(٢) انظر تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣٤/٣).

وأما إذا تذا بصا فقد تم العقد بانقبض، والمشتري يبرق الصفة بعد تمام العقد، وم
أراد أن يأخذ اجمع لم يكن له ذلك، لأنه يؤدي إلى أن يقد الثمن بعد التفريق في الصرف،
وهذا لا يجوز ولأن ههنا ثبت المسح من طريق الحكم، وههنا ثبت بفعل المشتري.

٥٣٣- ابن سباعة^(١) عن محمد بن رجل له عبي رجل ألف درهم، وكذلك نرجل
عليه حمسون ديناراً، فأرسل إليه رسولا فقال قد بعثك الدنانير التي لي عليك بالدرهم التي
لك علي، فقال قد قبلت لم يكن ذلك شيئاً وكان باطلاً. ولو أرسل إليه بأبي بعثك عبي
الذي في مكان كذا بكذا درهماً فقبل كان جائزاً.

والفرق أن الرسول سفير ولا يتعلق حقوق العقد به، وإنما يتعلق به وقع العقد له،
وهما متفرقان، والتفريق عن المجلس لو طرأ على عقد الصرف قبل القبض أبطله، فإذا قارن
العقد أولى فقد قدره ما يبطله، فمنع انعقاده.

وليس كذلك البيع لأن التقابض في المجلس ليس بشرط، وانترافهما من المجلس لو
طرأ على عقد البيع قبل القبض لا يبطله، فإذا قدره لا يبطله أيضاً.

وجه آخر أن هذا دين بدين، فلا يجوز إلا أن يتقابضا في المجلس، ولم يوجد، وفي
البيع هو عبي بدين، وإن لم يوجد تقاض.

ولهذا المعنى قالوا: إنه لو ناداه من وراء جدار: بأبي بعثك الدرهم التي لي عليك
بالدنانير التي لك علي، لم يجز، ولو ناداه: بأبي بعثك عبي فلاناً بالدين الذي لك علي،
جار لهذا المعنى، كذلك هذا.

٥٣٤- إذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم ثم قاما بمشيان ولم يتقابضا لم يبطل العقد،
ولهما أن يتقابضا.

وروى هشام عن محمد قال لو قال الأب: اشهدوا أنني اشتريت هذا الديار من أبي
الصغير بعشرة دراهم، ثم فارق الأب قبل أن يزن العشرة فهو باطل، مما رفته بطل العقد
في الأب، ولم يبطل مع الأجني.

والفرق في العاقلين أمكن اعتبار القبض بالتفرق بالدين والتقاض، لأنه يتصور
المفارقة بينهما فعلقاه به فإذا مشيا لم يوجد التفرق بالدين فلم يبطل.

وليس كذلك الأب، لأنه لا يمكن اعتبار القبض بالانتراف، لأنه شخص واحد، فلا

(١) هو: الإمام الفقيه المحدث الثقة، أبو عبد الله محمد بن سباعة بن عبيد الله بن هلال بن وكيع، صاحب أدب
القاضي والوادر والمناصر والسجلات توفي سنة ٢٣٣هـ.

بصور منه المفارقة، فاعتبر المفارقة عن المجلس، إذ لو لم يحتسب لأدى إلى ألا يبطل وإن لم يقبض الأب الابن قط، وهذا لا يجوز، فإذا مثبى الأب فقد فارق المجلس مطلق.

٥٣٥- إذا باع عب فصة فيه عشرة دراهم وثوبًا بعشرين درهمًا، ففقه عشرة دراهم، وقال بصفها من القلب، ونصفها من ثمن الثوب ثم تعارفا، وقد قبض الثوب والقلب انتقص البيع في نصف القلب. ولو قال هي من شهما جميعًا، فإنه يكون من ثمن القلب خاصة، ويجوز العقد.

والفرق أنه إذا قال هو من شهما فهو تفسير موجب العقد، لأن العقد يقتضي أن يكون المقبوض منهما جميعًا وتفسير موجب العقد لا يغير حكمه، فصار وجود هذا القول وعدمه سواء. ولو أطلق ولم يقل من شهما كان من ثمن القلب، لأن قبض حصة القلب يستحق في المجلس، فأنصرف المقبوض إليه، كذلك هذا.

وبس كذلك إذا قل: بصفها من ثمن القلب، لأن هذا ليس بتفسير موجب للعقد لا يقتضي أن يكون نصفه بإزاء نصف ذلك، وإنما يقتضي أن يكون الثمن مقسومًا عليهما على قدر قبضتهما، وإذا لم يكن تفسيرًا موجبًا للعقد لم يبطل تفصيله فاعتقد العقد بتفسيره فصار نصفه من ثمن الثوب ونصفه من ثمن القلب فإذا افترقا فقد افترقا قبل قبض ثمن القلب، فبطل العقد وجز فيما قبض.

٥٣٦- وإذا باع سيفًا وقد بعض الثمن، فقال: نصف هذا الثمن من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف وتفرقا لم يفسد العقد.

ولا يشبه هذا ما مضى من القلب والثوب، إذ قال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب إن العقد يبطل في نصف القلب.

والمرق أن القلب والثوب عيانان يفصلان، ويمكن إفراد كل واحد منهما بالعقد، فإذا جاز أن يفصلا في العقد جاز أن يفصلا في القضاء وإذا انفصل بينهما في القضاء فقد قضى نصف ثمن القلب، ولم يقبض النصف، فبطل العقد في النصف، وجاز في النصف. وليس كذلك في السيف والحلية، لأنهما لا يفصلان في العقد ألا ترى أنه لو أورد أحدهما بالعقد لا يجوز، وإذا لم يفصلا في العقد لم يفصلا في القضاء، فلم يعتد ذلك بتفسير، فصار كأنه أطلق وقال هو من شهما جميعًا، ولو قل ذلك كان جميع المقبوض من ثمن الحلية، كذلك هذا.

٥٣٧- إذا باع دراهم بدنانير لم يشت لواحد منهما خيار الرؤية. ولو باع حنطة بشعير يشت لواحد منهما خيار الرؤية.

والفرق أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقد وإن عيبا، فلم أثبت له حيا الزيادة لرجع بمثله، فلا يستدرك بالرد بدلا، فلا فائدة في الرد.

والخطة والشعير يتعينان في العقد إذا عيبا فلو قلنا ثبت في البيع خيار الرؤية لا يستدرك بالرد بدلا، لأنه يرجع فيها بإزائه لا بمثله، فله في الرد فائدة، فحار له أن يرد.

لهذا المعنى ثبت في البيع خيار الرؤية، ولا ثبت في المهر لأنه يرجع بقيمة المهر، والعين أعدل منها، فلا يستدرك بالرد بدلا، كذلك هما.

٥٣٨- ابن ساعقة عن محمد في مواده: إذا اشترى سيفا محلي بمائة، وحليته خمسون درهما، وتقابضا وتفرقا، ثم زاده دينارًا جاز، وكانت الزيادة بإزاء النصل والحليتين وبيع اشترى سيفا محلي بمائة، وحليته خمسون درهما، ثم باعه مرابحة بعشرة دراهم، أو بده يارده فالبيع باطل، ولا يجعل الربح بإزاء الحليتين، ليصح العقد.

الفرق أن الزيادة تلحق العقد، فيصير كالموجود وقت العقد، ولو باعه السيف المحلي ابتداء بالنصل والريادة جاز، كذلك إذا لحق الريادة به.

وليس كذلك بيع المرابحة لأنه أوجب الزيادة مرابحة على جميع العقد الأول، فلو ألحقنا الربح بالنصف وحده لصار بعض العقد مرابحة، وبعضه تولية، فلم يجر، لأنه لم يشرع في التولية، فاستحال إلزامها.

٥٣٩- إذا اشترى دراهم بدنانير، وقبض الدنانير فاعبها من آخر، وودعها إليه، ثم إن الآخر وجد بها عيبا فردها على الأوسط بغير قضاء وقبضه، فللأوسط أن يرد على الأول. ولو كان مكان الدنانير عروضًا فقبله بغير قضاء لم يكن له أن يرده.

والفرق أن الدنانير لا تتعين في العقد، وإنما يقع العقد على مثلها في الدمة، ثم يصير المقبوض قضاء عما في الدمة، بدليل أنه لو ردها بعيب في المجلس لا يفسح التصرف بينهما، وإذا لم يملك العوض بالعقد، وإنما ملك بالقبض، فإذا رد أفسح القبض سارده فعادت إلى الملك الأول، فكان لمن عادت إليه أن يردها.

وليس كذلك العروض لأنها تتعين في العقد، فيملك عيبها بالعقد، فإذا ردها بغير قضاء وقع ابتداء تملك بينهما على التراضي، فبقي العقد المانع من الرد، فلم يكن له حق الرد، ولهذا المعنى قالوا إنه لا يرد العروض بالعيب إلا بقضاء أو برضا، وترد الدراهم والدنانير بالعيب بغير قضاء ولا رضا، والله أعلم.

«كتاب الشفعة»

٥٤٠- إذا كان للدار شفيعان مسلم أحدهما الشفعة لم يكن للآخر إلا أن يأخذها كلها أو يدعها. ولو أن عبداً قتل رجلين فعما أولياء أحدهما حيث لا يكون لأولياء الآخر إلا نصف الرقبة^(١).

والفرق أن العمد وجب لهما على سبيل الدل عن دم المقتولين، بدليل أن عبداً لو قتل رجلاً وامراً وعبداً ضرب كل واحد في رقبته بقدر دينه، فصارت الرقبة مستحقة على وجه العوص عن حقه، وما يملك على وجه العوص عن مال لا يملكه اثنان كل واحد بكماله، كما لو اشتريا عبداً لا يملك كل واحد جميعه، فلم يشتر حق كل واحد في الجميع، وإسما ثبت في بصفه، فإذا سلم أحدهما حقه وأسقط بقي حق الآخر في بصفه وأما في الشفعة فلا يأخذ الدار بدلا عن حق له، وإسما الشفعة بسبب يستحق بها الحق، فأشبهت السوة والأخوة، ثم كل ابن يستحق جميع الميراث، ويرد إلى النصف للمراحم، كذلك هذا، والدليل عليه دم العمد لما لم يوجب قتل العمد أخذ الرقبة على طريق العوص، لأنه لا يوجب المال، فإذا عما أحدهما عن الدم كان للآخر ألا يقتله بخلاف الخطأ، كذلك هذا.

٥٤١- إذا كانت الدار في يد المشتري وقال البائع: بعثا إياه بألف واستوفيت الثمن وهو ألف درهم، وقال المشتري: اشتريتها بألفي درهم ونقدته الثمن، لم يأخذها الشفيع إلا بألف. ولو قال بعثا إياه واستوفيت الثمن وهو ألف درهم، وقال المشتري: اشتريتها بألفي درهم فالقول قول المشتري، ويأخذها الشفيع بألفي درهم.

والفرق أن في المسألة الأولى إذا قال بعثا بألف واستوفيت، فقد بين مقدار الثمن قبل الاستيفاء، وقبل الاستيفاء القول قول البائع في مقدار الثمن، فقد بين الثمن في وقت يرجع في بيانه إلى قوله فقبل قوله فيه صار الثمن ألف درهم، فأخذها الشفيع بها.

وفي المسألة الثانية إذا قال: بعث واستوفيت الثمن وهو ألف، فقد بين مقدار الثمن بعد الإقرار بالاستيفاء، وبعد الاستيفاء لا يرجع في بيان مقدار الثمن إلى قول البائع، فقد بين الثمن في وقت لا يرجع بيانه إلى قوله فأسوى وجود قوله وعدمه، لو لم يقل هو شفيعا، وقبل المشتري: اشتريتها بألفين، فالقول قوله، كذلك هذا.

٥٤٢- المشتري إذا باع الدار من آخر فللشفيع أن يأخذها بالثمن الأول، ويقص

(١) انظر البحر الرائق (٨/٢٥٣).

والموهوب له إذا باع الموهوب من آخر لم يكن للموهاب نقص البيع بل حرمه، وكذلك المشتري شراء فاسداً إذا باع بعد الفسخ فإنه لا يكون للبائع نقص بيعه. والفرق أن البائع يبيعاً فاسداً أو الوهاب سلط المشتري والموهوب له في التصرف. فتصرفهما وقع بتسليطه وإذنه، فلم يكن لهما نقصه، كما لو باع يبيعاً صحيحاً وفي الشفعة لم يتصرف بتسليط الشفع وأمره، وحق الشفع متقدم على حقه، فإذا باعه فقد عقد على حقه نصار كما لو عقد على ملكه، ولو عقد على ملكه كان له إبطاله، مثل إن استحقه، كذلك إذا عقد على حقه كان له أخذه وإبطال تصرفه. ٥٤٣- وإذا بلغ الشفع شراء نصف الدار فسلم الشفعة، ثم تبين له أنه اشترى جميعها كان له الشفعة^(١). ولو بلغه شراء كل الدار فسلم الشفعة، ثم علم أنه اشترى النصف كان تسليمه جائزاً.

والفرق أن التبعيض في الدار الواحدة عيب بدليل أنه لو اشترى داراً فاستحق نصفها، فله أن يرد الباقي ويقل رعايب الأساس فيه، فقد سلم مع العيب فلا يكون تسليمًا مع عدم العيب، كما لو أخبر بالثمن ألف، ثم تبين أن الثمن أقل من ذلك فله الشفعة. وليس كذلك إذا أخبر بشراء الكل فسلم، لأن التبعيض عيب كما ذكرنا، فقد سلم مع عدم العيب، فكان تسليمًا مع وجوده، كما لو أخبر بأن الثمن ألف فسلم، ثم تبين أن الثمن ألفان لم يكن له الشفعة، كذا هذا، ولأن النصف داخل في الجملة، فتسليمه الجميع تسليم لهذا النصف الذي بيع، وليس الأول، لأن العقد على النصف لا يتناول العقد على الجميع، فلا يكون بتسليم النصف تسليم للجميع.

٥٤٤- إذا اشترى داراً فغرق بناؤها وانهدم، لم يكن للشفع أن يأخذ الأرض إلا بجميع الثمن^(٢). ولو غرق بعض الأرض أخذ الباقي بحصته من الثمن. والفرق أن البناء صفة للدار، بدليل أنه يدخل في البيع تبعاً لمطلق العقد على الدار. وفوت الصفة في المبيع يوجب خياراً، ولا يوجب عرقاً، كالبيع في يد البائع. وأما بعض الأرض ليس يتبع للبعض ولا هو صفة له، وإنما هو جزء من أجزاء المبيع، وفوت نصف المبيع يوجب سقوط ما يزاؤه من الثمن، كما لو اشترى عبيدين

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١١١/١٤).

(٢) انظر المبسوط (١١١/١٤).

فقات أحدهما في يد البائع، وإذا مات بعض الثمن أخذه بالباقي.
٥٤٥- ليس للوكيل بالبيع أن يأخذ ما باعه بالشفعة لنفسه.

وللوكيل بالشراء أن يأخذ ما اشتراه لنفسه بالشفعة.
والفرق أن الوكيل بالبيع التزم سلامة المبيع للمشتري، فإذا أراد أن يأخذه بالشفعة فهو ياقض ما أوجبه بعقده، فلم يكن له ذلك.
وليس كذلك الوكيل بالشراء، لأنه بالعقد استوجب الحق لنفسه وبالأخذ بالشفعة تملكه، ويستوجه أيضاً، فلم ياقض ما أوجبه مجاز له أن يأخذه به، وهذا قلنا إن للمشتري أن يأخذ ما اشترى بالشفعة، وليس للبائع أن يأخذ ما باع بالشفعة.

٥٤٦- إذا باع المولى داراً وعبد المديون شيعها، فشهد بها المولى أن العبد سلم الشفعة للمشتري، والدار في يد المشتري، فشهادتهما جائزة. ولو أن البائعين للدار شهدا بأن الشفع سلم الشفعة للمشتري، فشهادتهما باطلة، ولا تقبل، لأنه يتمم ما أوجب للمشتري بعقد، وتقبل شهادة ابني البائع وإن كان يتم ما أوجبه أبوه.

والفرق أن البائعين إذا شهدا على تسليم الشفعة للمشتري فهما يصححان فعل أنفسهما فلا تقبل شهادتهما، وإن لم يكن لهما مع فيه كما لو شهدا بالبيع على المشتري وهو ينكر لم تقبل شهادتهما، لأنهما بحكيات فعل أنفسهما.

وليس كذلك الإتيان، لأنهما لا يتممان فعل أنفسهما، وإنما تبطل شهادتهما للثمة عند جر النفع إلى أبيهما، ولا يقع لأبيهما نفع في تسليم للمشتري، فخلت الشهادة من حرّ نفع إلى أبيهما، وعن حكاية فعل أنفسهما، فقبلت شهادتهما كالأجانب.

ولأن البائع كان حصصاً فيه قبل التسليم، فصار شاهداً على ما كان حصصاً فيه، فلم يقبل، وإن خرج من الخصومة كالوكيل إذا عرل ثم شهد، والاس لم يكن حصصاً فيه قط ولا مفعة للأب فيه، محاز أن تقبل شهادته.

٥٤٧- إذا قال قد أوصيت بداري بيعاً لفلان بألف درهم فمات الموصي، فقال فلان قد قبلت فالبيع لازم، ولشفيع الشفعة^(١). ولو قال بعث هذه الدار من فلان، فقال بعد المجلس قد قبلت لا يصح البيع، ولا تحب للشفيع الشفعة.

وحكي عن الشيخ أبي بكر الجصاص أنه قال: يحتاج إلى بيع جديد من جهة الوارث أو الوصي، فالمسألة محمولة على هذا.

(١) انظر المسوط (١٤/١٤١)

وكان القاضي الإمام رحمه الله يعرّف بهما ويقول: إنه جعل البيع تبعاً للوصية وجعله صمها، وأضافه للوصي إلى ما بعد الموت، وإضافته الوصية إلى ما بعد الموت جائز، وجعل كالموجب له في تلك الحالة، كذلك ما هو في صمها، ويجوز أن يدخل الشيء في صمن عقد تبعاً له، وإن كان لا يجوز أن يرد بنفسه كما لو قلنا في صمان مجهول، إنه يدخل في عقد المعاوضة تبعاً، وكذلك هذا، فإذا قبل بعد الموت فقد ملك الدار بعوض، فوجب للشفيع الشفعة، وإن كان العقد الذي أوجب له الدار عقد تبرع، كما لو وهب بشرط العوض.

وليس كذلك إذا أوجب له الدار فترقاً عن المجلس، ثم قبل، لأنه لم يجعل تبعاً لغيره ولم يتعلق بما يبقى حكمه بعد المجلس، فمثل بالتفريق، وصار يقبل بعد بطلانه، فلم يتعلق به حكم، ولا يجب للشفيع الشفعة.

٥٤٨- إذا اشترى المضارب بألف المضاربة دارين تساوي كل واحدة ألفاً فبعت دار إلى جنب أحدهما فلا شفعة للمضارب نفسه فيها. ولو اشترى داراً واحدة بألف المضاربة تساوي ألفي درهم فلمضارب أن يأخذ ما يبيع بجايها بالعقد لنفسه.

وافترق أنه إذا اشترى دارين كل واحدة منهما تساوي ألفاً فلم يملك شيئاً في الدارين، لأنه لم يظهر الربح إذ كل واحد من الدارين مشغولة بجميع رأس المال ويجوز أن يشغل الألف الواحد من المخلين أكثر من مقداره، والدليل عليه أنه لو كان لرجل على رجل ألف درهم وكمل به كميل، فلا زكاة على الكميل في مقدار الألف درهم ولا على المكفول عنه، والألف ألف واحد وشغل المخلين من واحد إلغاء، كذلك ههنا صارت كل دار مشغولة برأس المال، فلم يظهر الربح فلا يملك المضارب فيهما الشفعة.

وليس كذلك الدار الواحدة، لأن المخل واحد، فلا يشتغل المال الواحد في محل واحد أكثر من مقداره، صار الألف مشغولاً برأس المال، وطهر ألف ربح ملك المضارب نصفه، فصار جائزاً، فوجبت الشفعة.

٥٤٩- إذا طلب وكيل الشفع الشفعة، فقال المشتري: إن الشفع قد سلم الشفعة، وأراد يمينه فإنه يقال له: سلم الدار إلى الوكيل، ثم انطلق واطلب يمين الشفع، وكذلك الوكيل بطلب الدين وقضه إذا طلب المال من الغريم، قال الغريم: إن الموكل أمرني وقبض الدين مني، وأراد يمينه فإنه يقال له: سلم المال إلى الوكيل ثم انطلق واطلب يمين الموكل. ولو أن الوكيل بالرد بالعيب أراد أن يرد الدار على البائع بالعيب فقال البائع: إن المشتري وهو موكلتك قد رضي بالعيب، فلا أقبل حتى يحلف، فإنه لا يقضي له بالرد حتى

يحضر الموكل ويحلف، ثم يرد عليه.

والفرق أن سبب وجوب تسليم الدار إلى الوكيل بطلب الشفعة قد وجد وهو عقد البيع، وإنما يطل ذلك بالتسليم، ولم يعلم التسليم، فقد وجب حق انقبص للشفيع حالا، ووجب له حق الحلف على الموكل مؤجلا، وهو بعد قدرته. فلا يطل حقه المعجل حقه المؤجل، كما لو كان له على إنسان دين مؤجل وله عليه دين معجل لم يطل حقه المعجل بالمؤجل، كذلك هذا، وكذلك سبب وجوب تسليم الدين قد طهر وهو كون الدين عليه، وإنما يسقط بمعنى آخر، ولم يعلم كما يسا.

وليس كذلك في الرد بالعيب، لأن سبب وجوب الرد عليه كونه جاهلا بالعيب وقت الشراء ولم يعلم، فسبب وجوب الرد لم يظهر فما لم يثبت لم يكن له المطالبة بالرد كالدين المؤجل م لم يحل لا يكون للوكيل حق في انقبص، كذلك هذا.

٥٥٠- وإذا كان الدرب غير نافع وفي أقصاه مسجد حطة، باب المسجد في الدرب في ظهر المسجد، وجابه الآخر إلى الطريق الأعظم، فباع رجل من أهل الدرب داره، فلا شفعة لأهل الدرب إلا لمن يجاورها بالجدار، لأن المسجد بمنزلة الطريق السفل. ولو كان حول المسجد دور نحول بينه وبين الطريق الأعظم، كان لأهل الدرب الشفعة بالشركة، لأن المسجد الآن ليس بطريق نافذ.

والفرق أنه لما اختط الإمام تلك البقعة مسجداً لم يبق لأحد فيه ملك، فجعل كانه ترك أهل قضاء، ولو ترك ذلك أهل قضاء كان شارعاً، فلا يجب لهم الشفعة بالشركة في الطريق، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كان حوله دور لأنه لما كان حوله دور صار كما لو ترك الإمام تلك البقعة قضاء وحوله دور، فلا يكون شارعاً، فوجب لهم الشفعة بالشركة في الطريق، وكذلك لو كان ذلك الموضع ملكاً ثم اختطه فإنه يجب لهم الشفعة لأنه حيث كان ملكاً وجبت لهم الشفعة بالشركة في الطريق، فإذا أعاد ذلك الرجل تلك البقعة مسجداً لم تسقط شركتهم، فكان لهم أن يأخذوها بالشفعة بالشركة في الطريق.

٥٥١- إذا ادعى رجل على رجل حقاً فصالحه على دار بعد الإقرار والإنكار، ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه حق، فإنه يرد الدار على المصالح، وللشفيع الشفعة فيها. ولو اشترى داراً منه بحق يدعيه عليه وأقر له به، ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء لم يجب رد الدار عليه، ويجب عليه تسليم الثمن وللشفيع الشفعة.

والفرق أن عقد الصبح ليس بعقد صمان، بدليل أنه لو صالح من ألف على

خمسائة جاز. فلم يعقد العقد بمضمون في الدمة، وإنما انعقد بما له عليه، وإذا تصادف أنه لم يكن له عليه شيء لم يصير قصاصاً بما له عليه، فلم يجر الصلح، وإذا لم يجر وحب رد الدار إليه.

وليس كذلك إذا باعه بالدار لأن البيع عقد صمان، بدليل أنه لو باع ألفاً بخمسمائة لا يجوز، فاعقد بمضمون في الدمة، ثم يصير قصاصاً بما له عليه وإذا تصادف أنه لم يكن له عليه شيء ولم يصير قصاصاً فبقي عقد شراء بمضمون في دمة المشتري، ولم يجر تسليم الثمن، إلا أن تصادقهما في الموضعين يجوز في حقهما، ولا يجوز في حق الشفيع، فلم يطل حق الشفيع، وله الأخذ بالشفعة.

٥٥٢- إذا صالح من الشفعة على مال لا يجب شيء، وبطلت الشفعة. ولو صالح من الكفالة بالنفس على مال لم تطل الكفالة ولا يجب المال في إحدى الروايتين. والفرق أنه لما صالح من الشفعة على مال فقد أثر غير الشفعة على الشفعة، فكان تسليمًا للشفعة كما لو طلب من المشتري أن يسعه منه أو يهبه.

وأما في باب الكفالة فقد أثر غير الكفالة على الكفالة، وإثارة غير الكفالة لا بطل الكفالة، كما لو طلب من الذي عليه الأصل أن يعطيه كفيلاً آخر، أو يبيع بدينه شيئاً.

٥٥٣- إذا اشترى داراً ولها شفيعان حضر أحدهما فصالح المشتري على أن يأخذ منه نصف الدار ويسلم له النصف، ثم حصر الشفيع الآخر فله أن يأخذ الباقي، فيسلم أو يأخذ نصف ما في يد الآخر، ويصير أخذه نصف الدار شراءً جديداً، وصار مسلماً للشفعة في الجميع^(١). ولو أخذ أحد الشفيعين جميع الدار ثم جاء الشفيع الآخر فله أن يأخذ نصف الدار من يده، ولا تبطل شفعة الأول ولا الثاني.

والفرق أن تعويض المبيع على المشتري لس من موجب الأخذ بالشفعة، بدليل أنه ليس للشفيع تعويض المبيع على المشتري، وإنما له أن يأخذ الجميع أو يسلم الجميع فلم يكن أخذه للنصف أخذاً على الشفعة، فصار ابتداء عقد جرى بينهما، فكان أحد الشفيعين اشترى نصف الدار التي وجبت له الشفعة فيها فطلت شفעתه وهو شفيع لما اشترى فله أن يسلك نصفه، وللشفيع الغائب نصفه، والنصف الذي في يد المشتري صار الأول مسلماً للشفعة فأخذه الثاني.

وأما إذا أخذ أحد الشفعاء الجميع، ثم أخذه الثاني منه فالتعويض على الشفيع من

(١) انظر السوط (١٦٢/٢٧).

موجب الأخذ بالشفعة، بدليل أنه ليس لأحد الشفيعين أن يأخذ جميع ائدار، وإنما له أن يأخذ النصف، وإذا كان التبعيض من موجب الأخذ بالشفعة كان أحده نصف الدار أحد على الشفعة، ولم يجعل ابتداء عقدًا، فلم يصير مسلمًا بالشفعة فكان لأحدهما النصف، وللآخر النصف.

٥٥٤- إذا باع نصف الدار من رجل فجاء حار الدار فأخذها بالشفعة، ثم فاسم شريكه في الدار ثم حصر شفيع بطريق، لم يكن له أن يقص قسمته^(١).
ولو أن دارًا بيعت ولها شفيعان فأحدها بالشفعة وانقسمها بينهما ثم جاء الشفيع الثالث، كان للثالث أن يقص القسمه.

والفرق أن القسمه في المسألة الأولى من موجب العقد، بدليل أن للمشتري أن يطالب البائع بالقسمه، وأنه تعين المبيع، وتعين المبيع حق العقد، وما كان من موجب العقد فتولاه المشتري لم يكن للشفيع بقصه، كما قلنا في تسليم الثمن وقبض المشتري وغيره.
وليس كذلك قسمه الشفيعين، لأن تلك القسمه ليست من موجب العقد، لأنها لم يتعاقدا عقدًا وإنما هي من موجب ملكهما، وما لا يكون من موجب البيع فإذا تولاه المشتري كان للبائع نقضه كسج آخر.

وفرق آخر أن في المسألة الأولى من حيث تنقض القسمه نعيدها، لأنه يجوز أن يقسم ثانيًا فتقع تلك القطعة في حصته، والشيء إذا كان من حيث يقص يعاد فلا فائدة في بقصه.

وليس كذلك في الشفيعين لأننا من حيث تنقض تلك القسمه لا نعيدها لأننا نحتاج أن نفرق على ثلاثة، فلا نعيد تلك القسمه فكان في نقضها فائدة فجاء أن ينقض.
وفرق آخر أنا من حيث نقض القسمه في المسألة الأولى، لا نلحق ضررًا بالشفيع لأن له أن يأخذ جميع حقه في محل آخر، فجاء أن لا يقص.

وليس كذلك في المسألة الأخرى، لأن ترك نقض القسمه يؤدي إلى إلحاق ضرر بالشفيع، لأنه لا يقدر على أن يأخذ حقه في محل آخر فتفرق الصمقة عليه، وإن كان في ترك القسمه إلحاق ضرر به جاز ألا يترك القسمه وتقض كيلا يؤدي إلى الضرر.

٥٥٥- إذا باع دارًا بثلاثة آلاف وهي قيمتها، ووارث البائع شفيعها فأخذها بالشفعة، ثم مرض البائع فحط عن المشتري من الثمن ألف درهم، ثم مات، ولا مال له

(١) انظر بدائع الصائغ (١٢٢/٦).

غير الثمن، فاحط باطل عن المشتري. ولو أن المشتري ولي البيع وارث النافع أو باعها مرابحة منه، ثم حط النافع في مرضه ألغى عن المشتري حار حظه.

والفرق أن الشفيع يأخذه بإيجاب النافع، بدليل أن النافع لو أقر بائع وأنكره المشتري كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، وبدليل أن للشفيع أن يأخذه من يد البائع بدل أن الشفيع يأخذه بإيجاب البائع فصار أخذ الشفيع من حبة النافع، وحظه ينحق عقده فكان النافع أوجه لوارثه، فكانت وصية للوارث، فلا يجوز.

وليس كذلك التولية والمرابحة لأن الذي ولاه المشتري لا يأخذه بإيجاب البائع، بدليل أنه لو أراد أن يأخذه من يد النافع لم يكن له ذلك وإنما يأخذه بإيجاب المشتري ابتداء، والبائع بالخط أوجب الحق للمشتري ثم إن المشتري أوجب المرابحة والمولى ابتداء فلم يكن موجبا للحق لوارثه، فلم يكن وصية للوارث، فحار حظه.

٥٥٦- وإذا سلم الشفيع الشمعة بعد البيع وهو لا يعلم بالبيع فتسليمه جائز. ولو سارم الشفيع المشتري وهو لا يعلم بالشراء لم تطل شفيعته

والفرق بينهما أن تسليم الشمعة صريحا إسقاط الحق فيستوي فيه العلم والجهل، كالطلاق والعاق والبراءة من العيب.

وليس كذلك المساومة، لأنها ليست بصريح في إبطال الشمعة، وإنما يستدل بها على الأعراض، وإذا لم يكن عالما بالبيع لم يكن له أن يجعل دليل الأعراض فلم تطل شفيعته.

٥٥٧- إذا اشترى دارا بعد، ثم إن الشفيع أخذ الدار من المشتري بقيمة العبد، ثم مات العبد قبل أن يقضه النافع، فإن تلت القيمة للبائع، ولا يكون على المشتري قيمة الدار. ولو اشترى دارا بحنطة بعينها وقبض الدار ثم ولي المشتري البيع رجلا آخر وقبض الثمن، ثم تنفت الحنطة قبل التسليم، فإن البائع لا يأخذ من المشتري ذلك الثمن، ذلك الذي أخذه من الشفيع، وإنما يكون له على المشتري قيمة الدار.

والفرق أن الشفيع يأخذه بإيجاب البائع، بدليل أنه يأخذه من يد النافع، وبدليل ما بينا قبل هذا، وإذا كان يأخذه بإيجابه فقد وجد الرضا من البائع بتملك المشتري لياه بذلك الثمن الذي أخذه الشفيع به، فكان له أن يأخذ ذلك منه لا غير كما لو وكل وكلا بيع داره فباعها وأخذ الثمن فللموكل أن يأخذ منه الثمن لا غير، كذلك هذا.

وليس كذلك في باب البيع، لأن المولى له البيع لا يأخذه بإيجاب النافع، وإن يأخذه بإيجاب المشتري، بدليل ما بينا قبل هذا، فلم يوجب البائع بتملك المشتري لياه

ذلك الثمن، فلم يلزمه، فيجب عليه ما رضى به نساء، وهو الحنطة، لأنه وجب عليه تسليم الحنطة، وعجز عن التسليم، فوجب أن يرد ما بإرائه، وهو الدار المسبعة، ولا يقدر، لأحد الشئع (بها)، ففرم قيمتها كالعاصب.

٥٥٨- إذا أخرج الشئع بأن الثمن كر حنطة فسلم الشئع، ثم تبين أن الثمن كر شعير قيمته مثل قيمة الحنطة، أو أقل أو أكثر، فهو على شئعته ولو أخرج بأن الثمن ألف درهم فسلم، ثم تبين أن الثمن مائة دينار وقيمته ألف درهم فلا شئعة له. ولو أخرج بأن الثمن عبد أو ثياب قيمتها ألف درهم فسلم الشئعة، فإذا الثمن دراهم أو دنائير، قال في الأصل: فهو على شئعته، قال القاصي الإمام رحمة الله عليه: هذه المسألة عمولة على أن الثمن دراهم أو دنائير أقل من قيمة العبد أو الثياب.

والفرق بينهما أن الحنطة له مثل جسها فللشئع أن يأخذ بمثلها فإذا علم أن الثمن حنطة فسلم به، ثم تبين أنه شعير فلم يسلم الشعيرة بما وجب له حق الأخذ به، لأن الرغائب تختلف باختلاف لأجاس كما يختلف باختلاف الثمن مقدار الثمن، لأنه ربما يكون عنده جس فرغب في أخذ الدار، ولا يرغب في أخذها لعدم جس الثمن عنده، فصار كما لو أخرج بأن الثمن ألف فسلم، ثم تبين أن الثمن خمسمائة، فهو على شئعته كذلك هذا.

وإذا أخرج بأن الثمن دراهم، ثم تبين أن الثمن دنائير فهما في الحكم كالجنس الواحد، لأهما ثمن الأشياء وقيم المتلفات، ويسهل نقل كل واحد إلى صاحبه فجعلنا كأنهما جنس واحد وقد سلم فيما وجب له حق الأخذ به فبطلت شئعته.

وأما إذا أخرج بأن الثمن عبد فإن المشتري يأخذه منه بقيمة العبد فإذا كان ما أخرج به من الثمن مثل قيمته، فقد سم له الشئعة بما وجب له حق الأخذ به فبطلت شئعته، وإن كانت القيمة أقل فلم يسلم الشعيرة بما وجب له حق الأخذ به، فبقيت شئعته، كما لو أخرج بأن الثمن ألف فسلم، ثم تبين أن الثمن خمسمائة.

٥٥٩- إذا اختلف الشئع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري ولا يتحالفان. ولو اختلف الوكيل والموكل في الثمن يحلما.

والفرق أن الشئع لم يملكه بعقد من جهة المشتري، ولا من جهة غيره، لأنه في ملك المشتري بعد، والتحالف لدفع ملك حاصل بالعقد اختلفا في بدله كالباع، ولم يوجد فلا يتحالفان.

وليس كذلك الوكيل والسوكل لأن الملك قد حصل للآخر بعقد الوكيل، واختلفا في بدله، فجاز أن يتحالفا لرفع ذلك الملك، كالمشتري والبائع.

«كتاب القسمة»

٥٦- إذا حضر اثنان من الورثة، وأقاما البيعة على أن هذه الأرض ميراث لنا ولهاتين العائتين، فإن القاضي يقسمها بينهما، ويعزل نصيب العائتين، ويوكل وكلاً لحفظه. ولو ادعى شراء أو ملكاً مطلقاً، وأقاما البيعة، وهما شريك ثالث، فإن القاضي لا يقسمها بينهما.

والمرق أن التركة مبقاة على ملك الميت، بدليل أنه يقضى منها دونه، وتعد منها وصاياه، وللقاضي ولاية على مال الميت، فله أن يثبت عنه الخصم، ويقضي عليه، ألا ترى أن رجلاً لو أقام بيعة على أحد الورثة بدين على الميت بعد قضاؤه على جميع الورثة؛ كذلك هذا، فإذا سمع البيعة منهما فقد جعل الحاضرين خصماً عن الغائب، فصار كما لو كان هو حاضراً فصحت القسمة عليه.

وليس كذلك إذا ادعى الشراء، لأنه ليس للقاضي ولاية على الغائب، ولا على الحاضرين، فلم يكن له أن يثبت عن الغائب خصماً، ولو قسم لكاتب قسمته من غير خصم، فيكون قضاء على الغائب، وهذا لا يجوز.

٥٦١- فإن حضر واحد من الورثة، وليس في الورثة إلا صغير ووارث كبير عائب، فأقام الواحد الحاضر البيعة، فإن القاضي لا يقسم بينهما حتى يحضر العائب^(١).

وإن حضر اثنان، وأقاما البيعة، والثالث عائب قسمها بينهما، ويعود قسمه على الغائب، وإن كان في الورثة حاضر كبير ووارث صغير فللقاضي أن ينصب للصغير قبلاً وقسمها بينهما.

والفرق بينهما أن من أصل أبي حنيفة رحمة الله عليه: أن العقار لا يقسم إلا بيعة على ميراث عن الميت، والبيعة لا تقبل إلا بخصم وإنكار، فإذا حضر واحد لم يوجد شرط قبول البيعة، فلا يقسم، وعندهما يقسم بغير البيعة، إلا أن في القسمة معنى المناقلة فيها، فصار كالبيع، والبيع يتم بهتني، ولا يتم بواحد كذلك القسمة.

وأما إذا حضر اثنان فقد وجد شرط سماع البيعة من حضور المدعي والمدعى عليه، فسمعت البيعة ووجد موجب وقابل للإيجاب فيتم العقد بهما، وأما إذا كان في الورثة صغير فللقاضي ولاية على الصغير فله أن يثبت عنه، فيصب خصماً فيكون قضاء على خصم، فكأنهما كبيران حضرا وأقاما بيعة فقبلت.

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١٥٢/٢٠).

٥٦٢- إذا كان بيت بين رجلين كان نصيب أحدهما قليلا ينتفع به فطلب صاحب الأكثر القسمة فسمه القاضي سنهما، وإن كان فيه ضرر على صاحب الأقل. ولو أن طريقاً بين رجلين ونصيب أحدهما لا يمكنه أن يستطرقه وحده فطلب صاحب الأكثر القسمة فإن القاضي لا يقسمه بينهما.

والفرق أن صاحب الأقل في البيت ليس له حق الانتفاع، لأن نصيبه وحده لا يمكن أن ينتفع به، فلو بقيت الشركة بينهما لبقياها ينتفع صاحب الأقل بملك صاحب الأكثر، وهذا لا يجوز.

وليس كذلك الطريق لأن نصيبه متمتع به جوار أن يثبت له حق الاستطراق بحق يسير، ألا ترى أنه يجوز أن يثبت له حق الاستطراق من عمر ملك له ويستطرق ملك غيره على التأييد، فلأن يجوز ثبوته مع ملك حق الأرض أولى وأحق، وإذا ثبت له حق الاستطراق بنصيبه القليل فإذا قسم لا يمكنه الاستطراق فيحصل إليه حقه من الأرض ويفوت عليه حق الاستطراق، وتقويت حق الاستطراق عليه لا يجوز، فلم تجز قسمته.

٥٦٣- إذا وقع حائط بين قسمين، وذلك احاطت لأحدهما وعليه جذوع لآخر، ولم يذكر في القسمة تركها ولا رفعها، فإنه لا يرفع الجذوع عن الحائط. ولو كان نصيب أحد القسمين مسل ماء على سطح الآخر ويمكنه تحويله إلى موضع آخر، ولم يشترط شيئاً في أصل القسمة، أمر بتحويله، وإن لم يمكن تحويله، بطلت القسمة، وأسأفاً قسمة أخرى.

والفرق أن القسمة تضمن سلامة ما هو مقف وجذوع لشريكه والحذع يسمى جذعاً ما دام مبنياً عليه، فإذا نقض سمي خشاً، والسقف يسمى سقفاً ما دام مبنياً عليه فلو قلنا إن له نقضه، لم يسلم له ما تضمن سلامته له بالقسمة، وهذا لا يجوز.

وليس كذلك المسيل لأنه بالقسمة يضمن سلامة ما هو مقف له، والقسمة لتحيز الحقوق والأنصاء، وظاهر القسمة يوجب انقطاع حقه عما صار في يد شريكه، فلو قلنا إنه يصرف مسله عن سطحه، يسلم له ما تضمن سلامته له وهو السطح، فجاز أن يؤمر به.

٥٦٤- إذا صب ماء في ملك نفسه فشرب الماء فانهدم جدار جاره فلا ضمان عليه. ولو صب ماء على سطحه فسال من ميزابه وأصاب ثوب غيره ضمن^(١).

والفرق أن ابتداء الصب لا يوجب إهدام الجدار، لجواز أن لا يهدم، وسقوط الحائط بعد ذلك لا فعل له، فم يهدم الحائط، ولو لم يعمل فعلاً موجباً للإهدام لا يضمن.

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٧٠/٦)، والدر المختار (٦٤/٦).

وليس كذلك صب الماء على الميراث، لأن مسيله من الميراث من مع حب منه لأنه لا يبقى كذلك، فصار سداد ثوبه من موجب فعله فمضى، كما لو فعل ذلك غيره.

«كتاب الإجازات»

٥٦٥- إذا استأجر داراً بكنة درهماً ولم يسم الذي يريد لها فهو حار.
استأجر أرضاً ولم يسم ما يزرع فيها لم يجر.

والعرف أن للناس عرفاً وعادة في كيفية الانتفاع بالدار، فإذا كانت حرة، يظ فيها الدواب، وإذا كانت مرخوفة يسكن فيها ولا يربط، فيصير تعيينه بالعرف كتعيينه بالشرط، ولو عين بالشرط جاز له أن يربط فيها الدواب، ويجوز الانتفاع بها، كذلك هذا الدليل أنه كان في البلد نقد واحد انصرف إليه عقده، ويصير تعيينه بالعرف كتعيينه بالشرط وليس كذلك الأرض لأنه ليس للناس عرف وعادة في كيفية الانتفاع بالأرض وفي زراعتها، وقد تزرع زرعاً يفسد الأرض، وتزرع زرعاً يصلحها، فإذا لم يعين فلم يتعين المنفعة لا بالعرف ولا بالشرط، فلم يكن له أن يتنعم سوع إلا ولرب الأرض أن يقول انتفع بسوع آخر، فلا يصل إلى الانتفاع بها، فلم تجز الإجازة

٥٦٦- إذا استأجر داراً سنة انعقد العقد على سنة عقب انعقد، ولو أوصى لإسان بخدمة عده سنة أو سكى داره سنة، فإنه لا يتعين عقيب العقد، ولا عقيب الموت والفرق أن من شرع في عقد فالظاهر أنه قصد تصحيحه وإبرامه، فلو قلنا: إنه لا يتعين عقيب العقد لصار مدة الإجازة مجهولة، والعقد على مدة مجهولة لا يجوز، فحمل على ما يصح العقد به وهو عقيب العقد.

وليس كذلك الوصية، لأنها لو لم نعيه عقيب العقد لبقي مدة الوصية مجهولة وجهالة المدة في الوصية لا تمنع صحة الوصية، كما لو أوصى له بخدمة عبد من عبيده فإنه يجوز وإن كان مجهولاً، فخلافاً للإجازة، كذلك هذا.

٥٦٧- إذا استأجر داراً سنة، ولم يسلمها إليه حتى مضى شهر، ثم حاكما لم يجر للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة^(١). ولو اشترى عشرين، فمات أحدها قبل القبض فله أن يمتنع من قبول الآخر.

والفرق أن في الإجازة أوجب انعقاد العقد تسليم المنافع دفعة واحدة، فصار انقراض التسليم من موجب العقد، وموجب العقد لا يوجب فسخ العقد، فلم يثبت له الخيار.

(١) انظر المبسوط (١٥٠/١٦٦)، والبدائع (٤/٢٧)

وليس كذلك المبيع، لأن العقد يوجب تسليم المبيع جملة واحدة بدليل أن للمشتري أن يطالبه بذلك، ويجبر عليه، فإذا لم يسلم جملة فلم يبق من موجب العقد، فافتقرت الصعقة عليه قبل تمامه، فحير فيه.

٥٦٨- إذا استأجر داراً وشرط على المستأجر إخراج ما يجدد المستأجر فيها من تراب ورماد ومزج حين كان العقد والشرط جائزاً. ولو شرط عليه تفريع بشر البالوعة ورجع ما يحصل فيها من الماء وغيره لم تصح الإجارة.

والفرق أن العادة جرت بأن المستأجر هو الذي يسكن الدار ويلقي الرماد ويمكنه الانتفاع بالدار دون إلقاء هذه الأشياء في الدار، فلم يكن إلقاءه في الدار انتفاعاً بها وإذا لم يكن انتفاعاً بها يكون شاغلاً لموضع السكنى، فكلف تفريغه كما لو شعله بمتاعه فصار تفريغه من موجب العقد، واشتراط موجب العقد لا يبطل العقد كما لو شرط التسليم والمستلم.

وليس كذلك البالوعة لأنه لا يمكنه الانتفاع بالدار دون الصب في البالوعة فصار صبه انتفاعاً بالدار، ونوع سكنى وله الانتفاع، فلو كلفناه تفريعها لكلمناه بقص السكنى، والانتفاع بالدار، وهذا لا يجوز، فلم يكن تفريغه عليه، فإذا شرط ذلك فقد شرط في العقد ما يضاده فأبطله، كما لو شرط أن لا يتمتع بالدار.

٥٦٩- إذا استأجر لبرعى هذه الأغنام شهراً كان له أن يريد فيها شيئاً استحياساً^(١). ولو دفع إليه أعناماً كثيرة معدودة على أن يرعاها شهراً بدرهم لم يكن له أن يزيد فيها.

والفرق بين المسألتين أن في المسألة الأولى العقد وقع على المدة، فلا يحتاج في جواز العقد إلى تعيين الغنم لأنه لو قل: استأجرتك شهراً على أن ترعى لي، ولم يقل هذه الأغنام جاز، فدل على أنه لا يحتاج في جواز العقد إلى ذكر الأغنام وتعيينها، فاستوى وجود تعيين الأغنام وعدمها، ولو لم يعين وقال استأجرتك شهراً لترعى لي فله أن يكلفه من الرعي ما يطيق، كذلك هذا.

وليس كذلك المسألة الثانية لأن العقد وقع على رعي تلك الأغنام لا على المدة، فلو قلنا إن له أن يزيد لأبطلنا تعيين الأغنام، وفي إبطاله إبطال العقد، لأنه لم يصف العقد لا إلى مدة ولا إلى عمل في عين، ولما لم يجوز إبطال العقد لم يجر إبطال تعيينه، فاحفظ

(١) انظر البحر الرائق (٣/٨، ٣٢).

العقد على حفظ تلك الأعمام بعينها فلا يجوز الريادة فيها، كما لو استأجره ليحيط به له، لم يجر الريادة، كذلك هذا.

٥٧٠ - إذا استأجر قميصاً ليلبسه أو ثوباً إلى الليل فاتر به فهو ضامن إن تحرق، وإن سلم فعله الأجرة^(١)، ولو أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم فهو ضامن إن تحرق أو يصبه شيء، وإن سلم لم يصبه شيء فلا أجر عليه.

والفرق أن الاتزار من جنس المعقود عليه، لأنه نوع ليس، إلا أنه أضر بالثمن. فقد استوفى المعقود عليه، وزاد فصار كما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة أمساء فحمل عليها أحد عشر لزمه الأجر في مقدار العشرة، ولا يلزمه في الزيادة، وإن كان محالاً، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا دفعه إلى غيره حتى لبسه، لأن المعقود عليه لبسه بنفسه، وليس غيره مأذوناً به ولا معقوداً عليه، فصار استيفاء غيره المفعة غير معقود عليه، فلا يستحق الأجر، كما لو استأجر دابة ليحمل عليها مائة من حنطة، فحمل غيره عبيها مائة من حديداً ويصير غاصباً فاستحال أن يكون الغير عاصماً له ويلزمه الأجرة.

٥٧١ - إذا استأجر دابة ليحمل عليها كذا كيلاً شعيراً، فحمل عليها مثل كيله حنطة، ضمن إن تلفت الدابة، ولا أجر عليه. ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر محتوماً وبلغ المكان ثم عطيت فعليه الأجر، ويضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً.

والفرق أن وزن كيل من حنطة أثقل من وزن كيل شعير مثله، فيكون أضر بالدابة، فقد خالفه فيما أمره به إلى ما هو أضر بالدابة فصمن، كما لو استأجرها ليحمل الحنطة فحمل مثل وزنها حديداً، فصمن كذلك هذا.

وليس كذلك إذا حمل مائة وعشرة، لأنه وافقه في مقدار المائة وخالفه في مقدار العشرة الرائدة، فصمن مقدار المخالفة والأجر في قدر الموافقة، فقد قال في إعرارية: لو استعار دابة ليحمل عليها كيلاً من حنطة، فحمل كيلاً من الشعير لا يضمن، لأن الحنطة أثقل من الشعير، فقد خالفه إلى ما هو أخف وأنبه للدابة فلا يضمن، لأنه حمل أقل من وزنه، بخلاف مسائلنا.

٥٧٢ - لو استأجر دابة رجل لخمولة، فحمل عليها فساق رب الدابة الدابة فعثرت

(١) (نظر البحر (٨/٣٦)، ٤١).

وسقطت الحمولة عنها ففسدت، وصاحب الدابة معها ضمن الحمولة. ولو حبل عليها عدداً صغيراً ساق رب الدابة الدابة، فعثرت فسقط عنها العلام ومات، فلا ضمان عليه. وقيل المسألة محمولة على أن العد من يستمسك على الدابة^(١).

والفرق أن السوق مضمون على المكاري، والحمولة في يده، لأنه من عليه ويستحق الأجر به، لا يد له على نفسه، فإذا تلف بمعنى كان مضموناً عليه، وهو في غيره مضمون، كالقصار إذا دق فتخرق من دقه.

وليس كذلك العبد لأن العبد تصرف في نفسه فهو في يد نفسه إذا كان ممن يستمسك على الدابة، فإذا فقد تلف به نفسه فلا يجب به الضمان على غيره.

٥٧٣- إذا استأجر دابة إلى الري أو إلى فارس، ولم يسم مدينتها ولا رساتيقها لم يجز^(٢). ولو استأجر إلى البصرة جاز^(٣).

والفرق أن الري اسم للقصة وبواحيها، فإذا لم يتبين صار المعقود عليه مجهولاً، فلم يجز.

وليس كذلك البصرة لأنها اسم مطلق على المدينة والقصة في العرف والعادة فانصرف مطلق عقده إلى المعتاد المتعارف، كما لو أطلق الثمن انصرف إلى نقد البلد، كذلك هذا.

٥٧٤- إذا استأجر دابة إلى الري ثم سار بها إلى أدنى الري فله أجر مثلها، وإن نقص من المسمى. ولو سار بها إلى أقصى الري فله أجر المثل لا ينقص عن المسمى. والفرق أنه إذا سار إلى أدنى الري فقد استوفى المنفعة على عقد فاسد ولم يعلم أنه رضي بالمسمى إلى هذا الموضع، لأن له أن يقول إنما التزمت المسمى إذا سار إلى أقصى الري فإذا لم يعلم بوجود المسمى لم يلزم ذلك فجاز أن ينقص منه.

وليس كذلك إذا سار إلى أقصى الري لأنه علم أنه رضي بالمسمى إلى هذا الموضع فهو يقول رصيت بتسليم جميع الأجرة بإزاء جميع المنفعة، وقد أوفيتك ما شرطت فلزمه المسمى، فلا ينقص منه.

٥٧٥- إذا استأجر أرضاً يزرعها فللمستأجر شربها، وإن لم يشترط. ولو اشترى

(١) انظر المسعود (١٦، ٤٢).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين (٦١/٨).

(٣) انظر الهداية شرح البداية (٢٤٠/٣) والبحر الرائق (٢٤/٨)، والمبدائع (١٨٠/٤، ١٨٨) واهرة المصنف (ص ١١٨).

أرضاً لم يكن الشرب إلا بالشرط.

والفرق أن الإجارة عقد على المنفعة، ولا يمكنه الانتفاع بالأرض دون الشرب. فصار بائناً شرط منفعة الأرض له مشروطاً بالشرب، ولو اشترط ذلك لزمه، كذلك هذا. وليس كذلك البيع، لأنه عقد على العين دون المنفعة، بدليل أنه يجوز لعقد على ما لا يتنفع به، كالصبي الصغير، فلم تكن سلامة الشرب له من موجب العقد فلا يدخل به من غير شرط.

٥٧٦- إذا استأجر الوصي نفسه أو عبده لليتيم لم يجر^(١). ولو باع عبده من نفسه لليتيم جاز^(٢). ولو أجز الأب نفسه أو عبده للصبي جاز.

والفرق أن تصرف الوصي إنما يجوز على وجه يكون النفع للصبي عند أبي حنيفة رحمه الله، وهذا ليس بالنفع، لأنه يأخذ دراهمه وهي مال في نفسه ويسلم العمل، وهو ليس بمال في نفسه، فلم يكن له انفع، فلم يجر.

وأما إذا باع منه فالبيع مال، والثمن مال، فهو يعاقد نفسه على وجه يكون النفع للصبي، لأنه يأخذ من ماله عشرة دراهم ويعطيه مالا هو أستا عشر فجاز. وأما الأب فتصرفه يجوز مع نفسه، وإن لم يكن أنفع للصبي، إذا كان ما يتعين الناس فيه، واستتجار العبد بالدرهم مما يتغابن الناس في مثله فجاز عليه.

٥٧٧- العبد المحجور إذا أجز نفسه من رجل، فنقله إلى منزله ليعمل به فلف بحرق أو يد المستأجر فعلى المستأجر الضمان، ولا أجز عليه.

والصبي المحجور إذا أجز نفسه من رجل فنقله إلى منزله ليعمل به فلف بحرق أو صاعقة، فعلى المستأجر الضمان والأجز.

والفرق بينهما أنه لما استعمل العبد يغير إذن صاحبه صار عاصياً له، فوجب الضمان عليه، ومن شرط إمساك العين على حكم الإجارة أن تكون العين أمانة في يده، فلما صار مضموناً ثبت أنه أمسك لا على حكم الإجارة، فلا يستحق عليه الأجز.

وليس كذلك الصبي، لأن ذلك الضمان الذي يلزمه ضمان استهلاك، لا ضمان غصب، لأن الصبي حر والحر لا يضمن بالغصب، وإنما يضمن بالاستهلاك، وضمان الاستهلاك لا يسقط ضمان الأجز، كما لو استأجر عبداً شهراً ثم إنه قتله بعد مضي الشهر

(١) اطر البحر الرائق (١١٩/٧).

(٢) اطر البحر الرائق (٤٧٦/٨)، والبدائع (٣٨٠/٧)، وهنوي السعدي (٨٢٦/٢).

صم قيمته والأجر، كذلك هذا.

٥٧٨- إذا كان دار بين رجلين فارتب أحدهما نصيبها من شريكه حار على صاحبه الروايات. ولو رهن نصيبها من شريكه لم يحز^(١).

والفرق أن المستأجر يصل إلى استيفاء المعقود عليه من غير استحقاق عليه. لأنه يجوز أن يتفيع بملك نفسه، ويجوز له أن يتفيع بما استأجر وإذا وصل إلى استيفاء المعقود عليه من غير استحقاق جاز له أن يستأجر، وإن لم يحز لغيره كالعاصب إذا استأجر أحد المعصوب جاز، وإن لم يحز لغيره أن يستأجره.

وليس كذلك الرهن، لأن العقد يقع على إمساك العين، ولو جازنا ذلك في المشاع لوجت المهايأة يتفيع بالعبد في اليوم الذي يمسكه لنفسه ولا يتفيع بالعبد في اليوم الثاني. فيملك يومًا على حكم الرهن، ويومًا لا يستحق قبضه على حكم عقد الرهن، والمستفاد بالعقد إذا استحق بمعنى قبله بطل العقد، كما لو كان مستحقًا.

٥٧٩- إجارة المشاع لا تحوز، ويستوي فيها ما يقسم وما لا يقسم، وكذلك رهن المشاع لا يحوز^(٢).

وهبة المشاع لا تحوز فيما يقسم، وتحوز فيما لا يقسم

والفرق بين هذه المسائل أن المنافع من صحة رهن المشاع استحقاق قبضه في الثاني بمعنى فارق العقد، وهذا المعنى موجود في المشاع فيما يقل القسمة وفيما لا يقل ثم يحز، وكذلك الإجارة. والمنع من حواز الإجارة في المشاع إيجاب المهايأة واستحقاق يد المستأجر بمعنى قبل العقد، وهذا المعنى موجود في الوجهين.

وأما الهبة فالمنع من جواز الهبة في المشاع إيجاب ضمان القسمة على الواهب، ليكون فيه إيجاب الضمان على المتبرع بشرعه فيما تسرع به لمن تسرع عليه، وهذا المعنى يوجد فيما يقل القسمة دون ما لا يقسم، وإذا لم يؤد فيما لا يقسم إلى إيجاب الضمان على المتبرع بشرعه جازت الهبة وإن كان مشاعًا.

٥٨٠- إذا اكترى إبلا بعير أعيانها لتحمل به حولة إلى مكة وكفل رجلًا بالخدمة فهو جائز، وله أن يأخذها أيهما شاء. ولو استأجر عبدًا بعينه شهرًا يخدمه وكفل رجلًا بالخدمة لم يحز.

(١) انظر المبسوط (٤٢/١١).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٢٦٤/٦).

والفرق أنه إذا لم تكن الدابة بعينها فالعقد وقع على الحمل، والحمل مضمون عليه، فقد ضمن مضمونًا بمضمون له قبله، فصح الضمان، كما لو ضمن عبديًا. وليس كذلك العبد، لأن العقد وقع على تسليم النفس دون الخدمة، بدليل أنه لو سلم العبد ولم يستخدمه استحق الأجر، فلم يكن العمل مضمونًا عليه، فقد ضمن غير مضمون فلم يجز، كما لو ضمن الوديعة من المودع

«كتاب الشهادات»

٥٨١- كافر شهد على مسلم، مردها القاضي لكفره، ثم أسلم، فأعاد تلك الشهادة - قبلت. ولو شهد فاسق بشهادة فردة القاضي لعسقه، ثم تاب، فأعاد تلك الشهادة لم تقبل.

والفرق أن الكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم، بدليل أن القاضي لو قضى بجواز شهادته لم يحز، فصار إحرازًا لا شهادة، فإذا ردها القاضي لم يكن المردود شهادة محار أو تقبل من بعد، كما في العبد إذا شهد فردت شهادته لرقه، ثم عتق فأقام تلك الشهادة قبلت لهذا المعنى، كذلك هنا

وليس كذلك الفاسق، لأنه من أهل الشهادة على المسلم، بدليل أن حاكمًا لو حكم بجواز شهادته لجاز، وليس للقاضي أن يجعل ما ليس بشهادة شهادة، فدل على أنه من أهل الشهادة، فإذا رد لم يكن لها قول من بعد كالعدل إذا شهد في شيء هو شريكه فيه، أو شهد لزوجته، ثم أبانها ثم أعاد لم تقبل كذا هنا، والمعنى فيه أن هذا حكم جرى من القاضي بفسخ عقد، فلا جواز لها من بعد، كما لو قضى بفسخ عقد آخر من العقود. ٥٨٢- الكافر إذا مات وأوصى إلى مسلم بادعى رجل على الميت دينًا، وأقام شهودًا من أهل الكفر أجزاء شهادتهم، وإن كان المسلم خصمه. ولو وكل كافر مسلمًا بشراء أو بيع لم يحز على الوكيل بشهادة الكافر.

والفرق أن الشهادة تقع على الميت، لأنهم يشتون عقده وقوله، وهو كافر، وشهادة الكافر على الكافر مقولة.

وفي الوكيل الشهادة تقع على الوكيل، لأنهم يشتون عقد الوكيل وقوله وحقوق العقد تتعلق به، فصارت هذه شهادة كافر على مسلم فلا يقبل.

٥٨٣- إذا أقام رجل البينة أن فلانًا مات يوم كذا، وإنه وارثه ولا وارث له غيره، ف قضى بذلك، ثم أقامت امرأة البينة أن فلانًا تزوج يوم كذا، ليوم بعد ذلك اليوم، ثم مات بعد ذلك قبلت بيعة المرأة. ولو أقام الوارث البينة أن فلانًا قتل يوم كذا فقضى بذلك، ثم

أقامت امرأة البيعة أنه تزوجها بعد ذلك اليوم الذي شهدوا بقتله، لم تقبل شهادة شهودها والفرق بين القتل والموت أنه لا حق للوارث في إثبات الموت، لأن الوارث يدعي الميراث، ويجوز أن يستحق الميراث مع حياة المورث، بأن يرتد ويلحق بالدار، فلم يكن من ضرورة الحكم له بالميراث حكمه بموته لا محالة، وإذا لم يصح الحكم بموته جاز أن يقضى بحياته بعد ذلك، كما لو لم تكن الشهادة الأولى.

وليس كذلك القتل لأن للوارث حقاً في إثبات القتل، لأنه يدعي القصاص أو ائدة، ويستحيل إثبات القصاص أو الدية دون القتل، فكان من ضرورة الحكم بالقصاص حكمه بالقتل، فقد صح الحكم بقتله ببيعة الوارث، فلم يجر الحكم بحياته بعده ببيعة أخرى، فلا تقبل الثانية.

٥٨٤- إذا ادعى شراء دار وشهد له شاهدان بالشراء، ولم يسميا الثمن والبائع يكر الثمن، فشهادتهما باطلة. ولو شهدا على إقرار البائع بالبيع، وقبض الثمن، ولم يسميا الثمن فشهادتهما جائزة.

والفرق أنهما لما شهدا على قبض الثمن وجب الحكم بالثمن، فإذا كان الثمن مجهولاً فقد جهل الثمن في وقت يحتاج إلى الحكم به. والثمن لا يجوز أن يكون مجهولاً، فلو قضياه لقضيا بعقد بيع من غير ثمن، وعقد البيع من غير ثمن لا يصح، فلا يجوز القضاء بهذه الشهادة.

وليس كذلك إذا شهدوا أن البائع أقر بقبض الثمن، لأنه لا يجب الحكم بالثمن بعد القبض فقد جهل بالثمن في وقت لا يحتاج إلى الحكم به، فلم يمنع صحته، كما لو جهلا الكيس الذي فيه الدراهم.

٥٨٥- إذا ادعى داراً في يد رجل، وأقام البيعة أن أباه اشتراها منه بألف درهم وقد مات أبوه، والبائع يجحد، فإنني لا أكلفه البيعة أنه مات وتركها ميراثاً. ولو كانت الدار في يد ثالث غير السائق، سأله البيعة أنه مات وتركها ميراثاً^(١).

والفرق أن الوارث يحلف الميت في حقوق عقده، وتتقل المهددة إليه، بدليل أنه يلزمه تسليم ثمن ما اشتراه المورث وتسليم المسح، ويرد بالعيب ويرد عليه، ويرجع بالثمن عند الاستحقاق فإذا ادعى أن أباه اشتراها من صاحب اليد يدعي الاستحقاق بحق العقد، فصار كأنه اشتراها بنفسه منه، ولو ادعى أنه اشتراها منه لم يكلف إقامة البيعة أن أباه مات

(١) انظر التقرير والتحجير لابن أمير حاج (٢٤٥/٢)

وتركها ميراثاً، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كانت في يد ثالث غير النافع، لأنه يدعي الاستحقاق عليه حتى الملك لا يحق العقد، لأنه لا يدعي الشراء منه، وإذا ادعى الاستحقاق بحق الملك لا بد من بيان جهة الملك، فكلّف إقامة البينة أن أمه مات وتركها ميراثاً له.

٥٨٦ - إذا باع الرجل جارية من رجل، ثم عاب المشتري، ولا بدري ابن هو فأقام البائع البينة على ذلك، فإني أبيع الجارية على المشتري، وأقصد النافع الثمن، هذا، كما إذا كان قبل التسليم، وقيل إن هذا قول أبي يوسف ومحمد، ولكن ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير، وأسنده إلى أبي حنيفة رحمة الله عليه. ولو كان عرضاً آخر للمشتري غير هذا عين هذا العقد، فإنه لا يباع في شبه ما لم يحصر المشتري.

والفرق أن حق النافع متعلق بعين المبيع قبل التسليم، ويتعين فيه، بدليل أنه لو هلك ذلك المبيع في يده بطل حقه، والمشتري بتعيينه عجز عن حفظ ماله، فصار مولى عليه، في حظه ويعه بدليل أنه لو كان شيئاً يتسارع الفساد إليه كان للقاضي أن يبيعه، فصار للقاضي ولاية في بيعه، فكان له أن يبيعه ليوفيه حقه، دليله لو جن أو مات.

وليس كذلك العروض، لأنها لا تناع في الدين، لأن حق الغرماء لم يتعلق به فلا يبيعه القاضي عليه بحقهم، فاستوى وجود الدين وعدمه، ولو لم يكن عليه دين لم يعه، كذلك هذا.

٥٨٧ - ولو أن رجلاً أقر أنه لا حق له فيما في يد فلان، ثم مكث حيناً ثم أقام البينة على عبد في يد فلان أنه عنده غصبه منه، لم يقبل حتى يشهدوا على عصيه بعد إقرار المدعي أنه لا حق له فيما في يده. ولو أقر المدعي عليه وقال جميع ما في يدي من قليل أو كثير لفلان، فمكث أياماً، فحضر فلان ليأخذ ما في يده فادعى عبداً في يده أنه ملكه بعد إقراره فقال المقر به: كان في يديك يوم إقرارك، فالقول قول المدعي عليه، والعد عبده. والفرق بينهما أن في المسألة الأولى إبراء، والإبراء يصح حمله على العموم بدليل أنه أبراه عن جميع حقوقه ودبونه جاز، فصحت البراءة، فإذا ادعى عليه حقاً ولم يأت بتاريخ بعده لم يقبل، حتى يتيقن وجوبه بعد البراءة.

وأما في مسألة الإقرار فلا يصح حمله على العموم، بدليل أنه لو أقر لإنسان بجميع الأشياء لم يصح لأنه يستحيل أن يكون كل شيء له فحمل إقراره على المخصوص، فانصرف إلى ما ثبت كونه في يديه وقت الإقرار، فلما علم كونه في يديه وقت الإقرار كلف تسليمه، وإلا فلا، إلا أن يقيم البينة على كونه في يده وقت الإقرار، فحينئذ يشت

كونه في يديه فكلّف بتسليمه إليه.

٥٨٨- ولو أن رجلين سعا رجلا يقول: لفلان عليّ كذا درهمًا وسعهما أن يشهدا عليه بذلك، وإن لم يقل لهما اشهدا عليّ. ولو أن رجلين سعا رجلين يشهدان: لفلان عليّ ألف درهم لم يسعهما أن يشهدا على شهادة الرجلين حتى يقولوا لهما: اشهدا على شهادتنا.

والفرق أن الشهادة غير موجبة للحق بنفسها، بدليل أن لبقاضي اجتنبًا في قولها وردّها، وبدليل أن الشاهد لو رجع بعد الشهادة قبل القصاء حار رجوعه، فدل على أن الشهادة ليست بسبب موجب للحق، وإنما هي سبب يجب الحق بعبرها، ثم يستدركا المعنى الموجب للحق لهما، فلا يسعهما أن يشهدا فاختص بذلك الحق من خص به، كما لو سعا يוכל وكيلًا يبيع شيء لم يسعهما أن يشهدا ببيع ذلك الشيء، كذلك هذا. وأما في الإقرار فنفس الإقرار موجب للحق، بدليل أنه ليس لبقاضي اجتنب في قبوله وردّه، وبدليل أنه لا يجوز الرجوع عنه فقد استدركا المعنى الموجب للحق، فوسعهما أن يشهدا بذلك، كما لو رآبا رجلا يتلف مال إنسان، أو يقتل إنسانًا وسعهما أن يشهدا بذلك، كذلك هذا.

٥٨٩- إذا كان لرجل على آخر دين فادعى الأداء، فشهد له شاهدان أنه حله مما كان قبله، حارت شهادتهما. ولو شهدا أنه أحله لم تجز شهادتهما.

والفرق أن التحليل تفعل من الحل، والحل عبارة عن الفكاك، يقال حل رقبته أي فككه، ويقال حل الرهن وحل القيد أي فككه وفككه الذمة قد يكون بالأداء، فأمكن الجمع بين الشهادة والدعوى من غير تناقض، فكأنه ادعى الأداء فشهدا به أنه فك ذمته بالأداء. وليس كذلك الإحلال لأن الإحلال عبارة عن الإباحة بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَحْلُكُمْ مَا وَزَّاءَ ذَلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وقوله: ﴿وَأَحْلُ اللَّهُ لَبَّيْحَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، والأداء لا يكون إباحة لما له عليه، ولا يقال إباحة ما له عليه بالأداء، ولا أدى ما عليه، إذا أباحه، فلا يمكن الجمع بين الدعوى والشهادة من غير تناقض فتم تجز شهادتهما.

٥٩٠- أربعة إخوة شهدوا على أخيهم بالزنا وهو محصن، فقضى القاضي بالرحم فإن الشهود يبدعون، ويستحب لهم أن لا يقصدوا القتل.

بخلاف القتل لأجل الكفر فإنه يسعهم أن يقصدوا قتله لأجل كفره.

والفرق أن الكفر قطع الصلة بينهما بدليل أنه لو كان فقيرًا لا يحرص له المقة عليه والامتناع من القتل لأجل الصلة، ولا صلة بينهما، محاز له أن يقتل.

وأما الرنا فإنه لا يقطع الصلة بينهما، بدليل أنه إلى أن يقل تعرضه عنه إن احتاج، والامتناع عن القتل لأجل الصلة والصلة باقية فلا يقتل.

٥٩١- ولو كان لرجل أخ فشهد شاهداً أنه ادعى ولد أخته هذه، فعصى القاضي بكونه ابناً له، ثم مات مورثه القاضي ماله، ثم رجع الشاهدان عن الشهادة بعد موته لم يصحما شيئاً. ولو شهدا بعد موته بالنسب فعصى القاضي بالميراث، ثم رجعا صمما للأخ ما أخذ من الميراث.

والفرق أن الشهادة في حال حياة الأب لا تكون شهادة بالميراث، لأنه يحور أن يموت الولد قبل الوالد، فلا تكون الشهادة بالنسب شهادة بالميراث، فلم يقع الإلتلاف بشهادتهما، فلا يفرمان شيئاً.

وليس كذلك بعد الموت، لأن الشهادة بالنسب بعد الموت شهادة بالميراث، لأنه ليس ههنا معنى موجب للميراث غير الشهادة، فقد وقع التلف بالشهادة، ففرما عند الرجوع ما أتلفا.

٥٩٢- ولو أن رجلاً أوصى بثلاث ماله لرجل، فعصى القاضي له به، ثم شهد شاهداً أنه رجع عن وصيته له، فعصى القاضي بالرجوع ورده إلى الورثة، ثم شهد الشاهدان بأعيانهما أنه أوصى بهذا الثلث لهذا الآخر فعصى القاضي به للثاني، ثم رجعا عن شهادتهما ضمناً ثلثاً للورثة، وثلاثاً للموصى له الأول^(١). ولو شهدا على الرجوع عن الثلث وشهدا للثاني بالوصية بالثلث معاً ثم رجعا عرماً ثلثاً واحداً للموصى له الأول، ولا يفرمان للورثة شيئاً.

والفرق أنهما لما شهدا بالرجوع عن الوصية وقضى بذلك فقد أتلفا الثلث على الموصى له وصار الثلث ملكاً للورثة، ولو شهدا أنه أوصى بالثلث لهذا الآخر فقد أتلفا ثلثاً أيضاً على الورثة، فإذا رجعا غرماً عند الرجوع ما أتلفا.

وأما إذا شهدا بالرجوع والوصية معاً، لم يتلفا على الورثة شيئاً لأنهما أقررا بالشهادة بالرجوع ما يمنع عود الثلث إلى الورثة هو شهادتهما بالوصية للثاني، فلم يقع الإلتلاف على الورثة، فلا يفرمان عند الرجوع شيئاً.

٥٩٣- ولو أن رجلاً في يديه عبد، فشهد شاهداً أنه لهذا الرجل، فعصى القاضي،

(١) انظر المقدمة شرح البداية (١٩٠/٣) والبحر الرائق (٨٢/٧) وحاشية ابن عابد (٦٥١/٦)، والمبسوط (٣٢/١٨).

ثم شهد شاهدان أن على المقضي له بالعبد أن العبد لهذا الآخر، فقضى القاضي به له، ثم شهد شاهدان أيضًا نحوه ثم رجعوا جميعًا فعلى كل شاهدين قيمة العبد للرجل الذي شهد له، ولو شهد للرجل ثلاثة نفر كل نفر شهيد أن فلانًا أوصى بجميع ثلثه لفلان، ثم رجعوا، فإن كل فريق يعرم نصف الثلث، ولا يعرم الجميع.

والفرق أن القاضي لو قضى بالعبد للأول صار الملك فيه له، فشهود الثاني أتلوا عليه منكه، بدليل أنه لو بطلت شهادتهم لبقى جميع العبد للأول، وشهود الثالث أتلوا جميع العبد على الثاني، ولو بطلت شهادتهم لبقى جميع العبد للثاني، فإذا رجعوا غرموا جميع ما أتلوا، وقد أتلوا الشهود الأول جميع العبد وكذلك الثاني والثالث فغرموا.

وأما في الوصية فليس كذلك، لأن شهود الثاني لم يتلوا جميع الثلث على الأول، بدليل أنه لو بطلت شهادتهم لكان الثلث بين الأول والثالث نصفين، ولم يكن جميع الثلث للأول، وإذا لم يتلوا عليه ذلك لم يغرما إلا قدر ما أتلوا عليه.

٥٩٤- شاهدان شهدا أن فلانًا وهب عبده هذا من فلان وقضيه، وشهد آخران أنه وهبه من فلان الآخر وقضيه، وقضى القاضي بالعبد بينهما ثم رجعوا عن الشهادة فإيهما يصمنون قيمة العبد للمشهود عليه أرباعًا، ولا يغرمون للواهب له شيئًا. ولو شهد أن فلانًا أوصى بثلثه لهذا، وشهد آخران أنه أوصى بثلثه لهذا الآخر، وقضى القاضي بالثلث بينهما ثم رجعوا فإن كل فريق يعرم للموصى له نصف الثلث.

والفرق أن القاضي لما قضى بالعبد بينهما نصعين فقد فسخ عقد كل واحد منهما عن نصف العبد، لأنه يستحيل أن يقضى بالعبد بينهما مع بقاء عقد كل واحد في جميعه، فبقي حق كل واحد في نصف العبد، وقد سلم له ذلك، فلا يفرم الشاهد له شيئًا. وليس كذلك الوصية، لأنه لم يفسخ العقد عن شيء من الثلث لكل واحد منهما بدليل أن الورثة لو أجازوا الوصيتين سلم لكل واحد منهما نصف العبد، فلما رجعا فقد أتلوا كل واحد منهما على صاحبه نصف الثلث فغرم به ما أتلوا عليه.

٥٩٥- رجل له على القاضي دين، فغاب صاحب المال، فادعى رجل أنه وكله بقبض ديونه، وأقام البيعة، فقضى به القاضي ثم قضى الدين، أو قضى الدين ثم قضى بوكالته لم يجز قضاؤه بالوكالة^(١). ولو كان مكان الوكيل وصي قضى بالوصية قبل قضاء الدين ثم قضاء الدين، جاز قضاؤه، ولا يجوز قضاؤه إن كان قضى الدين أولاً.

(١) انظر البحر (٥٠١/٨)، والمبسوط (٤١/١٨).

وفرق أن القاصي خصم في سماع هذه البيعة، لأنه أحد الغرماء ويمرأ بالتدفع إليه، فصار يسمع البيعة فيما هو خصم فيه، فسم يجر السماع، فمقي توكيلا من غير سماع بيعة باعتباره، وليس للقاصي أن ينصب وكيلًا في مال العتب.

وأما في باب الوصية فهو خصم في سماع البيعة، فلم يجر سماعه فبقي قاصيًا وصيًا في مال البيت باختياره، وللقاصي ولاية على مال الميت، فله أن يصب عنه حصصًا وصيًا، فإذا قضى الدين، وابتداء القضاء وقع لنفسه، فمقي باطلا، وإذا كان بعد الصب فابتداء القضاء يقع للميت، وثبوت حق البراءة باق للقضاء فلا يبطل القضاء بثبوت حقه في الثاني، كما لو قضى لأخيه جاز ولو جاز أن يشت له حق في ماله بالمقر وغيره كذلك هذا.

٥٩٦- ولو أن قاضيًا أمر إنسانًا بأن يقضي بين اثنين، ففقدى له لم يجر قضاء الثاني إذا لم يجعل الخليفة إلى الأول أن يولي غيره.

وللوصي أن يوصي وإن لم يجعل إلى الأول.

والفرق أن القضاء مما إذا خص اختص به، وبديل أنه لو خص يلد اختص به، وكذلك إذا خص شخص أو نوع اختص به.

وليس كذلك الوصي لأن الوصاية إذا خصت لا تختص، ألا ترى أنه لو أوصى إليه في شيء خاص صار وصيًا في جميع الأشياء، ووقعت عامة فكأنه قال له أوص إلى عبرك. ولأن القضاء لا يعقد بالإطلاق والإيهام، لأنه لو قال الإمام: جعلتك قاضيًا لم يصح، وإذا لم يعقد بالإيهام فإذا فسر انعقد بتفسيره كالوكالة.

وأما الوصاية فإنها تعتقد بالإيهام بدليل أنه لو قال: أوصيت إليك، صار وصيًا في جميع الأشياء، ويقع عامًا فإذا خص صار تحصيلًا لبعض ما شمله عموم اللفظ الأول ولا يوجب قصر الحكم عليه، فمقي على إطلاقه فكأنه عم له الإذن في الوصاية إلى غيره، فإذا فعل جاز، كذلك هذا.

٥٩٧- إذا شهد شاهدان على أمة في يد رجل أنها حرة، فوضعها القاصي على يد عدل ليسأل عن الشهود، فطلبت النفقة فرص لها القاصي النفقة. وبو شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول فحيل بينها وبين الزوج، ليسأل عن الشهود فلا نفقة لها إذا طلبت.

والفرق أن نفقة الزوجة تجب لأجل التسليم، وقد مات التسليم بالحيلولة، فصارت كالماشقة، ولم تجب نفقة العدة، فلا نفقة لها.

وأما في الأمة فالنفقة تجب لحق الملك لا بالتسليم ووقوف الحيلولة له لا يزيل الملك

يبقى الموجب للنفقة، فوجبت كالمرهونة والمواجزة.

٥٩٨- إذا أقر وارثن على الميت بدين ألف درهم، وفي مراثيها وءاء بالألف فلم يدفعها بلعزم دينه حتى يشهدا عند القاضي له بالألف جازت شهادتهما على سائر الورثة، وإن كن قد أقر أولا بالألف. ولو أن الزوج كذب امرأته، ثم جاء مع ثلاثة، فشهد على امرأته بالزنى لم تقبل شهادته.

والفرق أن في الزوج شهادة ليس بتقرير لموجب إقراره، لأن شهادته توجب الحد عليه، والقذف الأول لا يوجب الحد عليها، فصارت شهادته بغير القول الأول لا تقريراً، فلم تقبل شهادته، وصار كأنه شهد بشيء، ثم شهد بعد ذلك بخلافه فلا تقبل شهادته. وأما في الإقرار بالدين فشهادته تقرير لموجب إقراره، لأن إقراره الأول إقرار على الميت يوجب القضاء من التركة، ولكن امتنع القضاء من نصيبهم بجحودهم فجعل كالمالك، فصارت شهادتهما تقريراً لإقرار الأول، فحازت شهادتهما كما لو أقر على مورثه بدين في حال حياته، ثم شهد هو وآخر عليه في حياته أيضاً قبلت شهادته، كذلك هذا.

٥٩٩- إذا وكل وكيلًا بالخصومة بمحضر القاضي فخاصم الوكيل المطلوب في ألف درهم ثم أخرجه الموكل من الوكالة، فشهد الوكيل للموكل على المطلوب بمائة دينار فشهادته حائزة. ولو وكله بغير محضر القاضي، وأشهد على الوكالة، فخاصم المطلوب في ألف درهم وأقام البينة على الوكالة، ثم حضر الموكل فعزله عن الوكالة، فشهد له على المطلوب بمائة دينار مما كانت للموكل على المطلوب، قبل قضائه للوكيل بالوكالة لم تجز شهادته.

والفرق أن القاضي لما سمع البينة وقضى بالوكالة، فقد قضى بكونه خصماً في جميع حقوقه، فإذا شهد له بشيء بعد ذلك، صار يشهد فيما صار خصماً فيه، فلم تحر شهادته.

وليس كذلك في المسألة الأولى إذا كان التوكيل بمحضر القاضي، لأن القاضي علم بكونه خصماً في جميع حقوقه، وعلمه لا يكون قضاء ما لم يقض به ألا ترى أنه لو أقيمت البينة بعد عزله عند قاض آخر، أن الأول علم بكونه وكيلًا، لم يقض بذلك فلم يصر خصماً في الجميع، فجاز أن تقبل شهادته.

٦٠٠- ولو أن عبداً أشهد رجلين على شهادته، ثم أدرك جاز لهما أن يشهدا على شهادته.

والفرق أن العبد يريد أن يعلق بقوله حكماً و[يتعلق] بقوله حكم إلا ترى أنه يفر

على نفسه بالحدود والديون متقبل، فلو جوزنا التحمل لعلقنا بقوله، وهذا جائز فقد صح التحمل وأدى الشهادة وهما من أهل الأداء محار.

وأما في الصبي فلو جوزنا لهما تحمل الشهادة لعلقنا بقول الصبي حكما، وقوله لا يعلق الحكم به، ألا ترى أنه لو أقر على نفسه بالحدود والديون لم يصح إفراجه، وإذا لم يصح التحمل لم يصح الأداء، فبطلت الشهادة والله أعلم.

«كتاب الدعوى»

٦٠١ إذا أقام أحد الورثة البينة أن هذه الدار التي في يد هذا الرجل كانت لأبيه، مات وتركها ميراثا له ولأخيه الغائب، يقضي للحاضر، ولا يقضي في نصيبه الغائب شيء عند أي حيفة رحمه الله، ثم حضر الغائب فإنه لا يحتاج إلى إعادة البينة على قياس ما ذكرنا في الجامع الصغير، وهو أنه إذا ادعى أحد الورثة وأقام البينة أنه قتل مورثه عمدا ثم حضر الغائب فإنه يحتاج إلى إعادة البينة. ولو كان القتل خطأ لم يحتج إلى إعادة البينة والفرق أن هذه الرواية التي ذكر في الجامع الصغير، أن البينة على قتل العمد من أحد الورثة قامت غير موجبة للقضاء، بدليل أنه لا يقضي بنصيب الحاضر أيضا، فصار كما لو كان الشهود فساقا فلا يقضي بها، وإذا حضر يحتج إلى الإعادة.

وليس كذلك الأموال وإذا كان القتل خطأ، لأن هذه البينة موجبة للقضاء، بدليل أنه يقضي بنصيب الحاضر وإنما امتنع القضاء بنصيب الغائب لعدم الدعوى، فإذا حضر وادعى واقرن الدعوى بالبينة وقضى بها، صار كما لو كانا حاضرين في ذلك الوقت.

٦٠٢ - زيت في يد رجل، أقام رجل البينة أنه عصره وسلاه في ملكه، وأقام الذي هو في يده البينة كذلك، قضى بها للذي هو في يده. ولو أن شاة في يد رجل، أقام رجل البينة أنها شاته ضحى بها وسلخها في ملكه، وأقام الذي في يده البينة كذلك، فإنه يقضى بها للمدعي.

والفرق أن الزيت مما لا يعصر مرة بعد أخرى وهو مما يملك بالعصر، فقد بين أنه أول ملك له فلا يستحق الآخر قبله، والآخر كذلك، فكان صاحب اليد أولى، كما قلنا في التاج.

وليس كذلك المسلوخة، لأن السلخ ليس هو سبب يملك به، لأن من ذبح شاة غيره، وسلخها لا يملكها، فلم تبن بقتله أنه أول مالك له، وإنما أقام البينة على الملك المطلق فقط، فكان الخارج أولى، كما لو ادعى الملك مطلقا وأقاما البينة.

وجه آخر أنه بالعصر تجدد له اسم آخر غير الأول، فقد أثبت زائدا على الاسم

الأول، صار كما لو ثبت التناج، فصاحب اليد أولى.
وليس كذلك الشاة، لأنه بالسلخ لم يتحدد اسم آخر فبقي الاسم الأول، مكانه أمه.
البينة على الملك المطلق، فكان الخارج أولى كذلك هذا.
٦٠٣- دجاجة في يد رجل، أقام آخر البينة أن البيضة التي خرجت منها هذه الدجاجة له فإنه لا يقضي له بالدجاجة. ولو أن شاة في يد رجل أقام آخر البينة أن الشاة التي ولدت هذه الشاة له، قضى له بالأم والولد.
والفرق أن كون البيضة له لا يوجب أن يكون الفرج له، لأنه لو غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة فالفرج للغاصب، لا للمغصوب منه، فلم تكن هذه شهادة توجب الملك له بها، فلا يقضي له بها.
وليس كذلك التناج لأن كون الأم له يوجب أن يكون الولد ملكاً له، ألا ترى أنه لو غصب من إنسان شاة فولدت عنده كانت الأم والولد للمغصوب منه، فهذه شهادة توجب الملك له بها في الولد، فقضى بها له.
ثم الفرق بين البيضة إذا غصبها واحتضنها تحت دجاجة حتى خرج الفرج والمرح للغاصب، ولو غصب أمه فولدت ولداً فالولد للمغصوب منه، أنه لا فعل له في ولادة الشاة والأمة، فصار هذا مما حصل في ملكه بغير فعله، فتع ملكه.
وليس كذلك البيضة، لأن له فعلاً فيه، وهو إحضانه تحت الدجاجة، فقد نقله من جس إلى جس آخر بفعله، فوجب عليه ضمانه لصاحبه، ومثل هذه لو غصب حطة فطحنها، ووزان هذه المسألة من مسألة التناج أن لو باصت الدجاجة واحتضت بنفسها فخرج فرج كان للمغصوب منه، لأنه لا فعل للغاصب فيه.
٦٠٤- سفل لرجل، وعلوه الآخر اتهد ما لا يجبر صاحب السفلى على إصلاحه، وإن كانت بئراً وقناة مشتركة بين رجلين فانهدم أحبر الشريك على إصلاحه.
والفرق أن السفلى خالص ملكه له، فلم يجبر على إصلاحه، كما لا يجبر على إصلاح دار له لأجل حار له.
وليس كذلك البئر والقناة، لأنها مشتركة بينهما، في تركه صرر عليه وعلى شريكه، وفي إصلاحه نفع لهما، فأجبرا على الإنفاق، كعبد مشترك بين رجلين، أحبر الشريك على الإنفاق كذلك ههنا.

٦٠٥- إذا ادعى شيئاً في يد غيره، ثم ادعى أن ذلك الشيء لغيره وكله بالخصوص فيه قضيت له به إذا أقام البينة عليه. ولو ادعى أولاً أن ذلك الشيء لفلان وكله بالخصوص

فيه ثم ادعى أنه له لم تقبل بيته

والفرق بينهما أنه إذا ادعى أولاً نفسه، ثم ادعى أنه لغيره وكله بالخصومة فيه. يمكن الجمع بين الدعويين من غير تناقض، لأنه يقدر على نقل ملك نفسه إلى غيره، يصدق فيه وجعل في حقه كأنه نقل إليه.

وليس كذلك إذا ادعى أولاً لغيره، لأنه أقر بأن الملك له، ولا يقدر على أن يملكه إلى نفسه، فإذا لم يدع انتقاله من جهته إليه، ولم يقدر على نقله إليه. صار بإقراره الأول مكذباً له شرعاً في دعوى الثاني، فلا يصدق.

ولأن العادة جرت بأن الإنسان يضيف ملك موكله إلى نفسه، فيقول هذا لي بمعنى أن لي حق الخصومة فيه، وحق القبض، فإذا ادعى لها لي، ثم ادعى لها لموكلتي أمكن الجمع بين أن يجعل الثاني تفسيراً للأول فصدق فيه.

وليس كذلك إذا ادعى أولاً لموكله، لأنه ثبت الملك لموكله بإقراره، وأقر أن الملك ليس له، فإذا قال لي لا يمكن أن يجعل الثاني تفسيراً للأول لأنه شهد له بشهوده. فقول الشهود لا يحمل على المجاز، والتفسير لدعواه، وهو لا يضيف ملك نفسه إلى موكله، فصار بدعواه الأولى مكذباً بشهوده في الثاني، فلا يقبل.

٦٠٦ - إذا أقر الرجل بولد جاريته أنه منه، ثم أراد نفيه لم يكن له ذلك.

وإذا ثبت نسب ولده من زوجته فإن له أن ينفيه باللعان.

والفرق أن نسب الزوجة إنما يثبت بالفراش حكماً، لا بقوله وإذا لم يثبت بقوله لم يكن بالفي راجعاً عن إقراره الأول، فجاز.

وليس كذلك إذا أقر بولد أمته، لأن النسب يثبت بقوله صريحاً، ويثبت للضي حق النسب، فإذا أراد أن يسقط ما ثبت للضي من الحق بصريح إقراره بقوله لم يكن ذلك له، كما لو أقر الإنسان بدين ثم رجع عنه.

يوضح هذا أن ثبوت الشيء بإقراره صريحاً يخالف ثبوت من طريق الحكم، ألا ترى أن رجلاً لو أقر بعبده في يده لرجل فلم يسلمه إليه حتى استحق من يده، ثم ملكه وجب عليه تسليمه إلى المقر له. ولو ابتاع من رجل عبداً فاستحق من يد البائع ومسخا البيع، ثم ملكه المشتري من جهة المستحق، لم يجب عليه تسليمه إلى البائع، وإن كان دحوله معه مع البيع اعترافاً له بالملك حكماً، فدل أن ثبوت الشيء بصريح الإقرار أكده، وبخالف حكمه ما ثبت من طريق الحكم، فجاز ألا يقدر على إبطال الأكده، ويقدر على إبطال الأصعب.

٦٠٧ - إذا باع أمته فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر، وأعتق المشتري

الأم وادعى البائع الولد فإنه يرد الولد إلى البائع دون الأم.
وإذا اشترى جارية فولدت ولدين وأعتق أحدهما ثم ادعاه البائع فإنه يشت سب
سهما، وبطل عتق المشتري.
والفرق أن الولد ينمصل عن الأم من حرية الاستيلاد، بدليل المغرور فلم يكن ثبوت
نسب الولد شاهداً في بطلان عتق الأم، فلو ثبت لأبطلناه بمجرد الدعوى وهذا لا يجوز.
وليس كذلك التوأمين، لأنه لا ينفصل عتق أحدهما عن الآخر بالاستيلاد لأن الحل
واحد، فصار ثبوت سب إحداهما شاهداً في إبطال عتق الآخر، وإبطال العتق بالشهادة
جائز كما لو اشترى عبداً فاعتقه ثم جاء مستحق واستحق بالينة أبطل عتق المشتري،
كذلك هذا.

٦٠٨- ثم يرد الولد بحصته من الثمن في الفصل الأول إذا أعتق الأم. ولو ماتت
الأم ثم ادعى البائع الولد صدق، ويرد الثمن كله ويأخذ الولد.
والفرق أن في عتق الأم سلم له بعض المعقود عليه، لأن الولاء ثبت من المشتري
عليه والولاء من أحكام ذلك الملك، فإذا سلم له بعض المعقود عليه سلم له حصته من
الثمن.

وليس كذلك الموت لأنه لم يسلم له شيء من المعقود عليه لا الولاء ولا حكم من
أحكام الملك، فكان له الرجوع بجميع الثمن.
من قيل: الولد لم يكن موجوداً وقت العقد ولا دخل أيضاً في التسليم الموجب
بالعقد، فماذا يكون له حصة من الثمن؟

قلنا: إنه يرد الولد عن الأم بالحكم وهو الرد صار له حصة بانفراده، وجعل كأنه
كان موجوداً وقت العقد، ألا ترى أنه بتعدد دعواه فيه، ويحصل كأنه كان موجوداً في
ملكه ويده وقت التسليم، والدليل عليه إذا اشترى جارية وقبصها بغير إذن البائع فولدت
ثم استردها البائع فللولد حصته كذلك هذا.

٦٠٩- الأب إذا استولد جارية ابنه ثم استحقها مستحق وأخذها وعقرها والولد
حر بالقيمة ثم يرجع الأب بقيمة الولد على الابن. ولو أن رجلاً اشترى جارية واستولدها
ثم استحقها إنسان فإنه يرجع على البائع.

والفرق أن الابن لم يتضمن سلامة الولد للأب، فقد اعتر من غير تقرير فلا يرجع
على غيره بما ضمن، كالشعيع إذا بنى داراً ثم استحقها إنسان لم يرجع على البائع بقيمة
النساء.

وليس كذلك المشتري، لأن النافع يصم سلامة الولد له بفقد الشيء معه غيره من سلامة الولد، فإذا لم يسلم له بغير شيء ولزمه الصمان رجع به عليه. كما لو اشترى داراً وبني فيها، ثم استحقها مستحق رجع بقيمة البناء كذلك هذا.

٦١٠- إذا قال: هذه الجارية أم ولدي، في مرضه، وعلمه دين لم يكن عليها السعاية، سواء ملكها في الصحة أو في المرض. ولو ملك عبداً في مرضه فقال: هو أبي، وعليه دين ثبت نسبه منه، ويسمى في قيمته.

وإن ملك في الصحة ثم أقر في مرضه وعينه دين أنه أبه لم يسع في قيمته. والفرق أن إقراره لها بالاستيلاء وإبداء استيلاءه لا يختلف، بدليل أنه لو ابتداء استولدها في حال المرض ثبت الولاء له عليها، ولو أقر أنه استولدها ثبت الولاء أيضاً، فإذا أقر جعل كأنه ابتداء فاستولدها ولو ابتداء فاستولدها لا سعاية عليها، لأن رقبته ليست بمال، كذلك هذا.

وليس كذلك الولد، لأن ابتداء استيلاءه وإقراره له بالسب يختلف، بدليل أنه لو أقر بأن هذا الولد أنه ثبت الولاء عليه، ولو استولد جارية فولدت لا يثبت له الولاء على الولد، وإذا كان ابتداء استيلاءه وإقراره له بالسب يختلف لا يمكن أن يجعل الإقرار كالابتداء فجاز أن تجب السعاية بالإقرار، وإن لم تجب بالابتداء.

ثم الفرق بينهما لو ملك في حال الصحة، ثم ادعاه أنه لا سعاية عليه ولو ملكه في حال المرض، فعليه السعاية، لأن من حق العبد أن يبرأ عن السعاية بقوله: هذا ولدي، وهذا الحق قد ثبت للعبد في حال الصحة، وحق الغرماء تعلق بما له في مرضه، فصار حق الولد متقدماً على حقهم، فكان أولى فلا سعاية لهم عليه.

وليس كذلك إذا ملكه في المرض، لأن من حق العبد أن يبرأ عن السعاية بقوله هذا ولدي، وهذا الحق ثبت للعبد في حال المرض، وحق الغرماء انتقل إلى ماله، وتعنى به في أول جزء من أجزاء مرضه فصار حقهم متقدماً على حق العبد فكانوا أولى.

٦١١- ولو أن رجلاً في يده دار ادعاه رجل، فقال الذي في يده الدار هذه الدار لفلان، فقال المقر له ما كانت لي قط، ولكها لفلان آخر وصدقه الآخر، فهي لمقر له الآخر. ولو أقام المدعي البينة أنها له فقضى له القاضي بها، ثم قال: ما كانت لي قط، ولكها لفلان، وصدقه فلان، فإنها ترد على المقضي عليه. ولو قال المقر له الأول: لم تكن لي هذه الدار، وسكت، ثم قال بعد ذلك: هي لفلان لم يصدق، وكانت الدار لندى في يده، ولا يشبه هذا الكلام الموصول.

والفرق بين البينة والإقرار أن المقضي له في مسألة البينة لما قال: لم تكن لي قط. فقد أقر بأنه لم يكن خصماً فيها، وإقامة البينة من غير خصم لا يوجب الحق، فكأن البينة لم تكن، والمقضي عليه يدعي الدار لنفسه، ولم يقر بأنها لم تكن له، لأنه يقول أحبرني ظلماً، فحار أن ترد عليه.

وأما في الإقرار فقد أقر بأنه لم يكن خصماً، والإقرار من غير خصم يوجب الحق، والمقصي عليه أقر بأن الولد ليست له، فاستحال الرد عليه.

ولأن في مسألة البينة لما قال لم تكن لي قط رد هذه البينة من جهة، وتسلك بالبينة من وجهه بقوله: وإنما هي لفلان، لأن فلاناً يستفيد الملك من جهته، ويستحيل أن يستفيد من جهته الملك ولا يكون له الملك، ورد البينة من جهة يمع الحكم بالبينة، كما لو ادعى الملك بالشراء وشهد شهود بالهبة لم تقبل.

وفي مسألة الإقرار رد إقراره من وجه، وتسلك به من وجهه، فكأنه أكذب المقر من وجهه، وقال: هو كاذب في شيء آخر وذلك لا يمنع صحة الإقرار، كما لو قال: لك علي ألف درهم من جهة ثمن المتاع، وقال المقر له: إنما هي غصب، فإنه لا يبطل الإقرار، كذلك هذا.

وأما الفرق بين ما لو وصل الإقرار وفصل هو أنه جمع بين النفي والإثبات فاستوى التقديم والتأخير، ولو قال أولاً إن هذه الدار لفلان لم تكن لي قط، فإنه يقضي بها للمقر له، كذلك هذا.

وإذا فصل ولم يجمع بين النفي والإثبات فلا يستوي التقديم والتأخير فصار بالنفي رداً إقراره فلم يكن له قبوله بعد ذلك.

ويحوز أن يفترق الحكم بين ما لو وصل أو فصل، ألا ترى أنه لو قال: لفلان علي ألف درهم ولفلان، كان بينهما، ولو سككت ثم قال: ولفلان، كان للأول ألف درهم، كذلك هذا وقوله ما كانت لي قط يوجب رداً لإقراره، وقوله هي لفلان لا يوجب رده. ألا ترى أنه لو اقتصر عليه وقال: هي لفلان لم يكن رداً، وكان قابلاً، فقد اتصل القول بالرد، فلم يتمحض رداً.

وليس كذلك إذا فصل، لأنه مجرد النفي عن الإثبات، فتمحض قوله لم يكن لي رداً من وجه متمسكاً به من وجه، ولكنه كان رداً من جميع الوجوه، فبطل إقراره، والدليل عليه لو قال لفلان: لك علي ألف درهم من ثمن متاع، فقال: ليس لي عليك شيء من ثمن المتاع، ثم قال بعد ذلك: لي عليك ألف درهم من جهة غصب لم يصدق، كذلك هذا.

٦١٢- إذا ادعى رجل أن مملوكاً الميت أوصى له بهذا العبد، وأقام البينة وقضى له القاصي به، فقال الوارث: هذه الشهود شهود زور، والعبد وصية لهذا الرجل، ثم منك العبد الوارث من حجة المقضي له كلف تسليمه إلى المقر له بالوصية. ولو أقر الوارث أن الميت أوصى بهذا العبد لهذا الرجل، وأقام رجل البينة أن له على الميت ألف درهم، وقضى القاصي له بالدين، باع العبد في دينه وقصاه العريم، ثم إن العبد عاد إلى الوارث شراء أو غيره لم يكلف تسليمه إلى المقر له بالوصية.

والمرق أن في زعم الوارث أن الشهود شهود زور، وقضاء القاصي بتسليم المال لا يتم طاهرًا وباطنًا فلم ينقطع حق الموصى له من العين، فعاد حقه إلى العين، فإنه لم يسلم إلى الموصى له في حقه فكلف تسليمه إلى المقر له.

وليس كذلك البيع، لأن في زعم الوارث أن الشهود شهود زور وقضاء القاصي ينفذ في الفسوخ والبياعات طاهرًا وباطنًا، لأن للقاضي اجتهادًا في بيع مال الميت، فانقطع حق الموصى له الذي أقر به الوارث عن العين، فلا يعود العين من بعد.

وفرق آخر أن ثبوت الدين بالبينة يوجب الحيلولة بين الورثة والمال كالجون والصا والغيبة، وللقاضي ولاية في بيع مال هؤلاء، كذلك هذا، فثبت له الولاية في بيعه، وثبوت الوصية في العين لا يسمع البيع من حجة القاضي كما لو أوصى بعبد لإنسان وعليه ألف درهم دين وللميت مال عائب دين فباع القاصي العبد في دينه، ثم أحصر المال اعائب فإن القاصي لا يبطل البيع، فدل أن ولاية القاضي في بيعه باقية، فجاز بيعه فلم يكن له على العين سبيل.

وليس كذلك الوصية، لأنه ليس للقاضي ولاية في إيجاب الوصية من جهة الميت فلم يجز قضاؤه فلم ينقطع حقه في العين، فجاز أن يسلمه إليه.

٦١٣- وإذا ترك الميت ثلاثة أعبد فأقام رجل البينة أن الميت أوصى به بهذا العبد، فلم يفص القاصي له، وأقر الوارث أنه أوصى بهذا العبد لهذا الرجل الآخر، وجحد الوصي للأول ثم زكى شهود الأول، فقضى القاضي بالعبد له وأبطل وصية المقر له، ثم أعتق المقر له العبد، ثم إن الوارث اشترى العبد من الموصى له لم يعتق العبد باعتق الأول حتى يجدد عتقًا.

ولا يشبه هذا الموصى له بالعبد وعلى الميت دين عبط بما له فأعتقه الموصى له ثم يرى الغرماء الميت من الدين بعد عتق الموصى له عتق بعته الأول.

والفرق أن الوصية للمقر له موقوفة، فإذا قضى القاضي بالبينة للموصى له الآخر

فقد جرى تملك فما انعقد عليه العقد الموقوف، مطلق العقد الموقوف، كما ناع لو عند، على أنه بالخيار، ثم اعتقه المشتري، ثم باعه الساع من آخر بطل العقد، كذلك هذا وليس كذلك مسألة الدين، لأن العرماء لا يملكون التركة لموصى له بالإبراء، وإنما يملكه الموصى له بالموت والإبراء عن الدين لم يحز تملكه فيما انعقد عليه العقد الموقوف، محاز أن لا يطل العقد الموقوف، وإذا لم يطل العقد، ولكنه امتنع بعاذ عقه حتى العرماء فإذا أراءوا زال المانع من نفوذ عقه فصدق.

ووجه آخر أنه استحق ما به نموذ العتق، لأنه استحق بالوصية، وإذا قضى بالوصية لعبه بطل عتقه، ألا ترى أنه لو اشترى عبداً فأعتقه، ثم جاء آخر وأقام الية أنه اشتراه من بانه قبل شرائه، بطل عتق الأول، كذلك هذا.

وأما في مسألة الدين لم يستحق ما به نموذ العتق، لأن القاضي لم يطل الوصية وإنما حكم بالدين، والدين مقدم على الوصية، فامتنع نفاذ العتق حتى العرماء، وإذا زال حق الغير نعد ذلك العتق.

٦١٤- ولو أن رجلاً هلك وله ابن ادعى رجل أنه كان عبداً لأبيه، وأنه أعتقه وأبكر ذلك الابن جعلته خصماً وفضيت بإثبات الولاء. ولو ادعى أنه ابن لأبيه ولم يدع الميراث، وأراد أن يقيم الية لم تقبل بيته.

وافرق أن الابن يخلف الأب في الولاء، ويقوم مقامه، وبصير كأنه أعتق العبد فلا يجعل كأن غيره أعتق، وانتقل إليه، لأن الولاء إذا ثبت من واحد لا ينتقل إلى آخر، وبديل أنه لو ترك المعتق اثنين ثم مات أحدهما فالولاء للمحي، دون ورثة الميت. ولو كان بالانتقال لوجب أن ينتقل نصف ولأه الميت إلى أولاده، وبديل أنه لو ترك ابناً وأسة وأعتق عبداً فالولاء للابن دون الابنة، ولو كان على وجه الانتقال لثبت لهما جميعاً كالميراث فصار كأنه يقيم البينة على الابن أنه أعتقه فكان خصماً فيه فقبلت بيته.

وليس كذلك السب لأنه لا يمكن أن يجعل كأنه استولد أمة، لأنه يصير حبشداً ابناً للابن لا أحاً له وإذا لم يحف الابن الأب في السب، ولا يجعل كأنه استولد صار يدعي استيلاد أبيه فلا يكون خصماً.

ووجه آخر أن استحقاق الميراث بالولاء لا يختلف بالأبوة والنوة، بديل أن من يحجب الابن يحجب الأب ومن شارك الاس شارك الأب، ألا ترى أنه لو ترك المعتق ابناً وأخاً وأباً، فإن الأب لا يرث مع الابن، كما أن الأخ لا يرث معه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما، فدل أن الميراث بالولاء لا يختلف بالأبوة والنوة، فصار الابن

والأب خصماً في إثبات الولاء، كذلك الابن.

وليس كذلك السب لأن الميراث بالنسب يختلف بالنسبة والأبوة، بدليل أن من يحجبه الابن لا يحجبه الأب، ألا ترى أن الابن يحجب الأخ ولا يحجب الأب، حتى مات وترك ابناً وأخاً فإن الابن يحجب الأخ عن الميراث ولا يحجب الأب، بدليل أن الميراث بالنسب يختلف بالأبوة والنسبة فلا يقوم الابن مقام الأب في النسب، فلا يمكن أن يجعل كأن الابن أسولد أم المدعي فصار العمل يدعى على الغير، فلا يكون لأب خصماً عنه.

٦١٥- إذا ادعى رجل أنه فقاً عين عبد له، والعبد حي وأراد أن يقيم إثنية على المكر للفقء لم تسمع بيته إلا بمحضر من العبد. ولو ادعى أنه فقاً عين دابة له وهي حية سمعت بيته عليه من غير إحضار الدابة. ولو أقر أنه فقاً عين عبد له والعبد عاتق ينقص عليه بأرض العين.

والفرق أن للعبد يداً على نفسه، بدليل أنه لو ادعى عليه الرق، كان القول قوله فيه، حتى أنه لو أنكر كان حراً إلى أن يقيم المدعي السعة على دعوى الرق، فقد أقر باليد في المدعي لغيره، فخرج من أن يكون خصماً ولا يسمع دعواه. وفي الدابة لا يد له على نفسها، وهي تحت عبره، فلم يقر لغيره فيما يدعيه لنفسه، فلم يخرج من أن يكون خصماً، فجاز أن تسمع دعواه. وأما الإقرار فالقطع بإقرار بالتنازل من يده، لأن عبده في يده، فكلّف رده إليه، وإن كان اليد في ذلك العبد لغيره.

٦١٦- وإذا ادعى الوالد النصراني ولد جارية ولده، والولد مسلم لم يحز دعواه. ولو ادعى الوالد المسلم ولد جارية ولده النصراني حازت دعوته. وانفرد أن ابوالد إذا كان نصرانياً فلا ولاية له على ابنه المسلم، فهو بهذا دعواه لنفسه قوله عليه وهذا لا يجوز، كما لو شهد عليه. وأما إذا كان مسلماً فلو نفذنا دعواه لننفذنا قوله عليه، وقول المسلم يجوز تعبدته على الكافر، كما لو شهد عليه.

٦١٧- عد في يدي رجل أقام البينة أن فلاناً عصبه منه أو أجره منه، وأقام رجل البينة أنه عبده، عصبه منه الذي في يديه، فإن الفاضي يقضي للمدعي بالعبد. فإن حصر الذي ادعاه صاحب اليد أنه عصبه منه فحاه بالبينة أن العبد عبده قصى على المدعي أن يدي أخذه له. ولو أقام العبد البينة أن صاحب اليد أعتقه وأنه كان عبداً له، وأقام صاحب اليد

البينة أنه كان عبداً لملان أودعه إياه فإن كان انقاضي يقضي بعقده، فإذا أقام البينة أنه أودعه إياه، وأقام البينة أنه عبده لم ينتفع بذلك، ولا يرد العبد عليه.

والفرق أن القضاء بالعنف يقع عاماً على جميع الناس، لاستحالة أن يكون حراً في حق واحد مملوكاً في حق آخر، وإذا وقع القضاء بالعنف عاماً لم يمكن رده في الرق، كما لو أقام البينة بالعنف على هذا المستودع.

وليس كذلك الأموال، لأن القضاء في باب الأموال يقع خاصاً لا عاماً، لأنه لا يستحيل أن يكون الشيء ملكاً في حق واحد غير ملك في حق آخر، فلم يقع الاستحقاق على المدعي، فجاز أن يستحقه. ولأنه لو رددنا البينة لمسخنا العتق، والعتق إذا وقع لا يمسح، فلا يرد عليه، وكان القضاء وقع عاماً، ومسح الأملاك ونقلها جائر، فجاز أن يفسخ، فلا يرد عليه.

٦١٨- ولو أن رجلاً في يده دار ادعى ابن أخيه أنها داره وورثها عن أبيه، وادعى رجل أجنبي أنها داره، وأقام الأجنبي شاهدين على العم بذلك، ولم يقدّم ابن الأخ البينة شاهدين حتى مات العم، فصارت في يد ابن الأخ، ثم أقام ابن الأخ البينة على الأجنبي وزكيت البيتان قضيت بها بينهما نصفين. ولو أقام ابن الأخ البينة أولاً ثم مات العم، ثم أقام الأجنبي البينة على دعواه بعد موت العم، فإنه يقضى بجميع الدار للأجنبي.

والفرق أن الأجنبي لما أقام البينة على العم لزمه نوع حجر في حقه، بدليل أنه يسمع من نقل اليد فيها إلى غيره، وحتى أنه لو أقر بالدار لغيره، ودفعها إليه فإنه لا تعاد البينة على المقر له، فاستبقيت يد العم فيه في حكم، وصار كما لو بقيت الدار في يده حتى أقام ابن الأخ البينة، ولو كان كذلك لقضى بينهما نصفين، لأن كلاهما يكونان خارجين، فقسّم بينهما نصفين.

وأما إذا أقام ابن الأخ البينة في حياة العم ثم مات العم، وصارت الدار في يد ابن الأخ، فلم تسبق يده في الحكم، لأن الحق وجب لابن الأخ بإقامة البينة، وانتقاله إلى يد ابن الأخ حقه أيضاً، فصار المنع عن انتقال اليد إلى ابن الأخ حقه، وحقه لا يسمع حقه، فانتقلت اليد إلى ابن الأخ وصارت الدار في يديه، وهذا كما يقول في المريض إذا كان عليه دين الصحة فأقر لذلك الرجل في مرضه بشيء، فإنه يصح لهذا المعنى أن حقه لا يسمع حقه، وكذلك لو تزوج معتدة منه جاز، لأن حقه لا يسمع حقه، فلما أقام الأجنبي البينة صارت بيته يسة خارج وبية ابن الأخ بيعة صاحب يد، وإذا اجتمع بيعة الخارج وصاحب اليد كانت بيعة الخارج أولى.

٦١٩- ولد المبرور حر فبمته يوم المصومة.

والمولى إذا ادعى ولد جارية مكاتبه بوجه يراعى قيمته يوم الولادة والمرق بينهما أن الولد في يد المكاتب الظاهر، لأنه ولد حارته والمولى والدعوى صار كالمترع الولد من يده من حين الولادة عند الدعوى، مكاتبه انزع الولد من يده في بنت الحالة فيراعى قيمته وقت الانزع كما لو أخذ منه شيئاً آخر. وليس كذلك ولد المبرور، لأنه ليس في يد غيره، وإنما حدث في يده بعير معه، نصار أميناً فيه، فلا يغرم إلا بالمنع، والسع إما يكون بالطلب، والطلب يكون بالمصومة، يراعى قيمته وقت المصومة، وهذا على ظاهر الرواية، وروى ابن ساعدة أنه يراعى في ولد جارية المكاتب قيمته وقت الدعوى

«كتاب الإقرار»

٦٢٠- إذا أقر أحد المتماضين بمال وهو صحيح والآخر مريض كان واجباً على المريض، ويكون الدين دين مرض حتى يؤخر عن دين الصحة الذي وجب على المريض. ولو قال الصحيح لرجل: ما كان لك على فلان فهو عليّ، فمرض، ثم وجب له على فلان دين، وجب على الكفيل، ويكون الدين دين الصحة، فيقتضى من جميع المال. والمرق أن في المسألة الأولى الدين وجب بإقراره لا بمقد المفاوضة، لأن في إسناده إلى حال العقد إبطاله، لأنه لم يعين عند العقد واحداً بالضمان فبقي ضماناً لمجهول فيجب أن يبطل، كما لو قال: ضمننت لواحد من الناس ما يلزمه عليك، وإذا كان في إسناده إبطاله لم يسنده وجعلنا الوجوب عليه بإقراره، والإقرار وجد في حال المرض، فكان الدين دين مرض، وصار كأنهما أقرّا به وهو مريض. وليس كذلك إذا قال: ما بايعت فلاناً أو ما دار لك، لأننا لو أسدنا الوجوب إلى العقد لم يبطل، لأنه يصير ضماناً لمعلوم فيما يمكن إسناده إلى ذلك العقد الذي وجب له فأسدناه.

وجه آخر أن لكل واحد من المتفاوضين نسخ المفاوضة وإن كره الآخر، فصار ترك النسخ إلى أن يصير الشريك ملتزماً بحكم إقراره باختيار، فكأنه أقرّ به في تلك الحالة وهو مريض فكان دين مرض، فيؤخر عن دين الصحة، وهذا كما نقول إذا وكل الصحيح وكلياً بأن يطلق امرأته، فمرض الموكل وطلقها الوكيل كان قراراً، لأنه لما قدر على العمل ولم يعزل صار كأنه وكله في حال المرض، وكذلك الصحيح إذا وكل وكلياً بأن يبيع ماله فمرض، ثم باعه الوكيل من وراث المريض لم يجز، لأنه يقدر على عزل فما لم يعمل صار

كأنه جدد الوكالة في المرض، كذلك هدد.
وليس كذلك قوله ما دار لك على فلان فإنه لا يقدر على مسح الكفالة بعد قبض
إلا برضا المكفول له، فلم يصح بترك المسخ ملتزمًا بحكمه فلم يصح كالهتد التزامًا، ولا
يصير دين مرض.

٦٢١- إذا أقر الوارث على مورثه بالدين، ثم مات المورث والوارث مريض فإن
الدين يكون دين مرض، وإن كان الوجوب صادرًا عن المول في حال الصحة^(١). ولو قال
الصحيح لرجل: ما كان لك على فلان فهو عليّ، فمرض الكفيل، ثم وجب له عليه مال
فالدين دين الصحة.

والفرق أن الصمان يلزم الكفيل بذلك القول، وهو عقد الكفالة، إذ لو لا ذلك ما
لزمه، وذلك القول وجد في حال الصحة فكان الدين دين الصحة.
وأما في مسألة الوارث فوجوب الدين على الوارث بملكه التركة لا للإقرار إذ
الإقرار سبب، والدليل عليه إنه لو مات المورث ولم يخلف شيئًا لا يجب على الوارث
شيء، دل أن الوجوب بملكه، والملك حصل له وهو مريض، فصار الدين دين مرض.
أو يقول لو أسندنا الصمان في مسألة الوارث إلى وقت الإقرار لأبطالناه، لأنه بصير
مقرًا على الغير، وهو المورث، وإقراره على غيره لا يجوز. وإذا كان في إسناده إبطاله لم
نسند.

وليس كذلك في الكفالة، لأننا لو أسندناه لم يبطله، لأنه يكون مقرًا على نفسه،
 وإقراره على نفسه جائز فأسندناه.

٦٢٢- وإذا قال: هذا الثوب عدي غارية لحق فلان، لم يكن إقرارًا له بالملك.
ولو قال: هذه الدراهم عارية عدي لحق فلان، كان إقرارًا.
والفرق أنه أثبت له حقًا بعارية الثوب، والحق الذي بعارية الثوب قد يكون ملكًا،
وقد يكون غير ملك، لأن للمستعير أن يعير، وكذلك لأب الصغير، وإن لم يكن لهما
ملك، واللام تكون لام سبب، وسبب الشيء يتقدمه، فكأنه قال: هذا الثوب عدي
عارية لجاره فلان وعرفه، لا يكون إقرارًا بالملك.

وليس كذلك الدراهم، لأنه أثبت له حقًا بعارية الدراهم وعارية الدراهم تكون
قرضًا ويكون في جهات الحق الذي يجوز به الإقراض إما يكون هو الملك، لأنه ليس

(١) انظر البحر (٥٠١/٨)، والمبسوط (٤١/١٨).

للأب والوصي أن يقرضا مال الصغير، فصار كأنه قال: هذه الدراهم عدي عا، به لملك ولان: فكان إقراراً بالملك كما هذا.

٦٢٣- إذا قال له: علي مائة لا بل مائتين، لزمه مائتي درهم استحساناً. ولو قال: أنت طالق واحدة لا بل اثنتان، طلقت ثلاثاً.

والفرق أن الإقرار إخبار عن وجوب سابق، وليس ابتداء الإيجاب، بدليل أنه لو قال: أوجبت لك علي عسي كذا درهماً، لا يلزمه، فهذا أقر بمائة ثم قال: لا بل مائتان أمكن أن يجعل الثاني إخباراً، فيجب أن يحمل عليه ولا يحمل على الإيجاب، لأن فيه صرف اللفظ عن طاهره فصار كأنه أعاد المائة الأولى، واستدرك مائة أخرى ولو قال ذلك لزمه، كذلك هذا.

وأما في الطلاق فقوله: أنت طالق طاهره إخبار، إلا أنه معدول عن طاهره، محمول في الشرع اسماً لا ابتداء إيجاب الطلاق، فصار اللفظ لكثرة الاستعمال حقيقة فيه، فصار ابتداء إيقاع، فقد أوقع واحداً ورجع عنه، ورجوعه لا يصح عن الطلاق، واستدرك اثنتين واستدراكه يصح، فطلقت ثلاثاً.

٦٢٤- إذا قال: لا تشهد لفلان علي ألف درهم، لم يكن إقراراً. ولو قال: لا تخسر فلاناً، ولا تقل له: إن لفلان علي ألف درهم. كان إقراراً في بعض الروايات.

والفرق أن قوله لا تشهد ليس بهي عن إقامة الشهادة، لأن النهي عنها لا يصح، ولا يحل له ذلك ويأثم به، قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتِ الشُّبُهَاتُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] فلم يحمل عليه كلامه، فلا يجعل شيئاً فصار نفيًا، فكانه قال: لا شهادة عندك لفلان عني فلان كذباً علي، ولو قال هكذا لا يكون إقراراً. كذلك هذا.

وليس كذلك قوله: لا تخسر، لأن النهي عن الإخبار يصح مع وجود المخبر عنه، بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُجَّتْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ دَاعُوا بِهِ﴾ [النساء: ٨٣] فذمهم على الإخبار مع وجود المخبر عنه، بدليل أنه لو ساء عن الإخبار شيء صح ولا يأثم، فحمل لفظه على النهي عن الإخبار، ومن شرط صحة الإخبار بعدم المخبر في الإثبات، كذلك في النهي، فكانه أثبت المخبر عنه. فقال: لفلان علي ألف درهم، فلا يخبره بأن له علي ذلك، ولو قال ذلك كان إقراراً، كذلك النهي.

٦٢٥- إذا أقر لأحسية ثم تزوجها ومات عنها، أو أقر لأجنبي ثم والاه بعد ذلك

ومات عنه وهو وارثه جاز لإقراره^(١). ولو أقر لأخيه وله ابن ثم مات ابنه ومات المريض بعد ذلك والأخ وارثه بطل إقراره.

والمرق أن استحقاق الميراث في الأخ بالفرابة، والفرابة متقدمة على الإقرار فقد سبق سبب الحجر على الإقرار فمنع صحة الإقرار، كما لو مرض وأقر لوارثه. وأما في الولاء والزوجية فاستحقاق الميراث بالعقد، وهو الولاء والنكاح، والعقد متأخر عن الإقرار، فقد تأخر سبب الحجر عن الإقرار فلم يمنع صحة الإقرار، كما لو أقر له في حال الصحة ثم مرض فإنه لا يمنع صحة إقراره، كذلك هذا.

٦٢٦- إذا مات وترك ألف درهم وابتاً فقال الابن في كلام متصل: لهذا على أبي دين ألف درهم، ولهذا ألف درهم، فالألف بينهما نصفان، ولو أقر للأول وسكت، ثم أقر للثاني فالأول أحق بالألف^(٢). ولو قال لامرأته أنت طالق وطالق وهي غير مدخول بها باست بالأول ولا يقع الثاني، سواء قال موصولاً أو مفصلاً.

والمرق أن قوله: لهذا على أبي ألف درهم إخبار، فلو قلنا يقف على آخر الكلام لم يخرج من كونه إخباراً، والكلام مما يقف بعضه على بعض، قلنا إنه يقف أول الكلام على الأخير فصار كأنه أقر بهما معاً.

وليس كذلك الطلاق لأن قوله: أنت طالق إيقاع فإن قلنا: إنه لا يقع ويقف الطلاق على الثاني لأخبرناه من أن يكون إيقاعاً، وجعلناه تعليقاً، وهو قد قصد الإيقاع لا التعليق، فقلنا: لا يقف فأوتعناه، وإذا وقع الأول باست فلا تلحقها الثانية.

ووجه آخر أن قوله: لفلان على أبي ألف درهم، إيجاب الحق في الذمة وليس بإضافة إلى عين، وتعلق الألف الثاني أيضاً بذمته، وتعلق الشيء بذمته لا يسمع تعلق الآخر ثبثاً جميعاً، ثم انتقل إلى التركة، كما إذا علق الطلاقين بدخول واد ثم دخل وقع الطلاقان وإن كان اللفظ مختلفاً، كذلك هذا.

وأما في الصلابة إذا لم يعلق بالشرط فبهما فقد أوقع الأول لإضافته إلى عين ونفذ فصار يوقع الثاني بعد نفوذ الأول فلم يعمل، كما لو أقر بعين لإسنان ثم أقر تلك العين لآخر لم يجز إقراره، كذلك هذا.

٦٢٧- لو قال: لهذا على أبي ألف درهم، لا بل لهذا، فضي بالألف للأول. ولو قال:

(١) اطر البحر (٥٠١/٨)، والمبسوط (٤١/١٨).

(٢) اطر البحر (٥٠١/٨)، والمبسوط (٤١/١٨).

هذه الألف عندي وديعة لفلان، لا بل لفلان الثاني فإنه يعرم للثاني ألف درهم، وكذبت .
قال: غصبت من فلان ألف درهم، لا بل من فلان آخر غرم للثاني ألف درهم.
والفرق أن التركة مبقاة على حكم مال الميت، بدليل أنه يقضي بها ديونه ويسعد
رعاياه. فقد أقر للأول بالألف، وتعلق بملك غيره، فإذا عجز عن تسليمه لم يعرم .
شيئاً.

وليس كذلك الوديعة، لأنه مأمور بحفظ الوديعة وترك التصبيع، فإذا أقر لثاني فقد
صع الوديعة فغرمها، كما لو دل السارق على الوديعة، وكذلك الغصب وهو مقر
بوجوب رد العين، فإذا أقر أولاً فقد أوجب رد القيمة، وفي المسألة الأولى لم يوجب على
نفسه شيئاً، ولا التزم ضماناً، فلا يعرم.

٦٢٨- إذا كانت دار بين رجلين أقر أحدهما بيت بعينه منها لرجل، وأنكر
صاحبه فإن صاحبه يقسم له نصف الدار، فإن وقع البيت في نصيب المقر سلم الجميع
للمقر له^(١). ولو كان عدل زطي^(٢) بين رجلين فأقر أحدهما بثوب بعينه منه لرجل كان
نصيبه من ذلك الثوب للمقر له، ولا يؤمر بأن يقاسم شريكه، حتى أنه لو وقع في نصيب
المقر سلم الجميع إلى المقر له، كما لو قال في الدار.

والفرق أنا لو جوزنا إقراره بصف البيت لأدى إلى إضرار شريكه، لأنه يحتاج أن
يقسم الدار قسمتين قسمة مع المقر وقسمة مع المقر له، وربما يتعين نصيبه في الدار في
موضعين، ولا يجوز إدخال الضرر على شريكه بإقراره، فلم يجوز في نصف البيت، ولكن
الشركة اتصلت بحق الثالث وهو المقر له، فصار كما لو طلب أحد الشركاء الثلاثة
القسمة قسمه، كذلك هذا.

وليس كذلك العدل^(٣) لأن كل ثوب مشترك بينهما فإذا أقر بثوب فقد أقر بصف
ثوب له وبصف لشريكه، ولو جوزنا إقراره فيما يصادف ملكه لم يؤد إلى الإضرار
بشريكه، لأنه لا يحتاج إلى قسمة الثياب مرتين، ويبقى ذلك الثوب مشتركاً بينهما كما لو
كان مشتركاً بينه وبين المقر، ولا يؤدي تنفيذ إقراره إلى الإضرار بغيره، محاذ أن يعذر.

٦٢٩- إذا قال: هذه الدار لفلان إلا بناها فإنه لي. لم يصدق على البناء وسلم
الجميع للمقر له. ولو قال: هذه الدار لفلان إلا بيتاً منها -معلومًا- فإنه لي صدق على

(١) انظر البحر (٥٠١/٨)، والسيوط (٤١/١٨).

(٢) الزط: حال من حال السند، ويعرف بالجيل الأسود.

(٣) العدل: بكسر العين وسكون الدال المتنازع.

استثناء البيت. ولو قال: بعثك هذه الدار إلا بها صح البيع في الأرض دون الساء.
والفرق بين البيت والبناء أن البناء تبع للدار وصفة لها، بدليل أنه لا يجوز إيراد
البناء بالعقد، ويدخل في بيع الدار على طريق التسع، فإذا استثنى البناء فقد استثنى التسع.
وبقي المتبوع، فقد بقي من الإقرار ما يوجب دخول البناء فيه، فدخل كما لو قال: هذا
العقد لفلان إلا يده أو رجله أو هذا السيف لفلان إلا حليته.

وليس كذلك البيت، لأن البيت ليس بتبع للدار ولا صفة لها، وإنما هو بعض منها.
ألا ترى أنه يجوز إرداده بالعقد، فصار كدرهم من العشرة، ولو قال: لفلان علي عشرة
دراهم إلا درهماً، كان إقراراً بالتسعة، كذلك هنا.

وجه آخر أن البناء مستهلك في الدار، بدليل أنه لو باع البناء أو باع الأرض بدون
البناء لا يجوز لأنه لا يصل إلى تسليم الأرض إلا بقض البناء فيلحقه ضرر وإذا كان
مستهلكاً فيه لا يصح استنأؤه.

وأما البيت فليس بمستهلك في الدار، بدليل أنه يجوز بيع كل واحد بمفرده فجار
استنأؤه.

والفرق بين البيع والإقرار أن اسم الدار يبقى بعد زوال البناء، فقد بقي بعد
الاستثناء ما يوجب دخول البناء فيه وهو اسم الدار، وقوله إلا البناء رجوع ورجوعه عما
أقر به لا يجوز فقي الإقرار مطلقاً بالدار فدخل البناء فيه.

وأما في البيع صار رجوعاً عما أوجب، ورجوعه عما أوجب للمشتري جائز قبل
القبول فلم يجب تسليمه إلى المشتري، ولا يلزم إذا قال: هذه الدار لفلان إلا ثلثها أو
عشرها فإنه يصح، لأنه لم يبق من اللفظ ما يوجب دخول الجميع فيه وهو الدار، لأن
ثلثي الدار لا يسمى داراً فلها لا يستحقه بخلاف مسألتنا.

٦٣٠- رجل له حارية فولدت ولداً فأقر بالجارية لإنسان لا يدخل الولد في الإقرار،
ولا يلزمه تسليمه إلى المقر له. ولو أقام رجل البية أن هذه الحارية له قضى له بها وبولدها.

والفرق أن البية على الملك المصم يوجب الاستحقاق من الأصل، بدليل أن
البياعات تنفسخ إذا استحق من يدي المشتري الأخير بهذه البية، فإذا أقام ابية استحقا
من الأصل، فيجعل كأن الجارية لم تزل كانت له فيكون ولدها له

وأما الإقرار فلا يجب الاستحقاق من الأصل، بدليل أن البياعات لا تصح إذا أقر
المشتري الأخير لإنسان، وإذا لم يكن استحقاقاً من الأصل صار استحقاقاً في الحال فصار
استحقاقاً بالإقرار في الحال كاستحقاقها في الحال بالشراء، ولو اشتراها لم يتبعها ولدها،

كذلك هذا.

وجه آخر أن الاستحقاق بالنية لا يصح إلا بعد أن يحمل يده يد عصب، لأنه لو جعل يد عصب لما حار أن يستحقه إلا من حبه، ألا ترى أنه لو ادعى أنه اشترى هذا الشيء من فلان وأكره فلان، ثم أقام المدعي البينة أنها له لم تقبل بيته، لأنه ثبت أن يده لم تكن يد عصب، فلا يجوز أن يستحق إلا من حبه، فإذا لم يدع الاستحقاق من حبه لم تقبل، وإذا ثبت أن يده يد عصب فهذه حاربه ولدت في يد العاصم وحسب أن يكون للمعصوب منه.

وليس كذلك الإقرار، لأن استحقاق بالإقرار لا يوجب أن يجعل يده يد عصب، إذ لو جعل يده يد عصب لجار أن يقر لميره فجوز أن يكون يده ملك لعصه في الأصل، فيكون الولد حادئاً له، ثم ملكه بعد ذلك فأقر له به فلا يوجب استحقاقه شئاً.

٦٣١- ولو أن مريضاً عليه دين يحيط بماله أقر بقبض دين له على أحسي كان جائزاً، إذا كان الدين وجب في الصحة^(١).

وإذا كان ذلك في المريض لم يجر إقراره بقبضه في مرضه.

والفرق بينهما أن الدين إذا كان واجباً في حال الصحة فحق العقد أوجب البراءة له بقوله له استوفيت، والعقد وجد في حال الصحة، وحق الغرماء تعلق بماله في أول جزء من أجزاء مرضه، فقد سبق وجوب حق البراءة بقوله له: استوفيت تعلق حق الغرماء به، مصدر حق الغرماء متأخراً عن حقه، والحق السابق يقدم على المتأخر كدين الصحة والمريض.

وأما إذا أوجب الدين في حال المرض فحق العقد أوجب البراءة بقوله استوفيت في أثناء المرض، وحق الغرماء تعلق بماله في أول جزء من أجزاء مرضه، فقد سبق تعلق حق الغرماء بماله في وجوب حق البراءة بقوله: استوفيت، والحق السابق يقدم على المتأخر فكان أولى.

أو نقول من وجه آخر أن عند العقد أوجب البراءة بقوله استوفيت وانعقد ما بقي حكمه مبرراً بقوله استوفيت.

وليس كذلك إذا أوجب في حال المرض، لأن حق العقد لم يوجب له البراءة بقوله استوفيت فصار بالإقرار يسقط حق الغرماء عما تعلق به، فلم يجز، ولأن وجوبه يبدل لم يتعلق به حق الغرماء، لأن حق الغرماء لم يتعلق بماله في حال الصحة، فلم يكن في تخوير

(١) انظر المسبوط للسرجمي (٨٣/١٨).

إقراره بقضه لإبطال حق الغرماء ببطل، وكذلك جاز إقراره، وأما إذا وحب في حال المرض فلا وجوبه بترك تعلق حق الغرماء به، فكان في تجوير إقراره بقضه بإبطال حق الغرماء، وهذا لا يجوز.

٦٣٢- وإذا وكل المريض رجلاً بقبض دين له، فمات الموكل فقال بوكيل: نصت ودفعت إليه. لم يصدق. ولو وكله ببيع عبد له، ولا دين عليه، فباعه بالقسمة بشهود، ثم قال بعد موته: قبضت الثمن ودفعته إليه. فهو مصدق.

والفرق أن في المسألة الأولى أقر بما ليس له أن يتدته فيفعله، لأنه ليس له أن يقبض بعد موت الموكل فلم يصح إقراره به فلم ينت القبط، فلم يبرأ المطلوب. وأما في البيع فإنه أقر بما له أن يتدته فيفعله، لأن حق القبض واجب له بالعقد لا التوكيل، لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد، والعقد باق فبقي حقوقه، فكان له القصص فصدق في إقراره، فقد ادعى الدرع إلى من جعل الدرع إليه، فكان القول قوله، كالمودع إذا قال: رددت الوديعة.

٦٣٣- وإذا وكل المريض وكيلاً ببيع متاع له، فمات المريض والمتاع مسنهلك، فقال الوكيل: بعث المتاع واستوفيت الثمن وضاع. ولم يعرف من اشتراه، فالوكيل مصدق. ولو كان المتاع قائماً بعينه، والذي اشتراه معروف، وهو مقر بذلك فإنه لا يصدق، ويكون المتاع للورثة، إذ التركة أعيان فتورث.

والفرق ليس ها هنا عين، فلم يتعلق حق الورثة، ولم يطل حقهم بإقراره، فصار لإقراره على موكله، وحق القبض وجب له بالعقد وقد أقر بما له أن يتدته فقضه بصدق في إقراره.

وليس كذلك إذا كان المتاع قائماً بعينه، لأن الطاهر أن يعين مورث للمورث وأما ملك لهم، وحق التصرف وجب بالتوكيل والتوكيل بطل بموت الموكل، فصار يقر بما ليس له أن يتدته فيفعله، وفي ذلك لإبطال حق الورثة فلا يصدق.

٦٣٤- إذا أقر الوصي بقبض جميع مال الميت على فلان وهو مائة درهم، فقال فلان بعد ذلك: له علي ألف درهم، وقد قضيتها الوصي، فقال الوصي: أنا ما قبضت منك إلا مائة درهم، فإنه يؤخذ من الغريم تسعمائة درهم^(١). ولو كان المال له في الأصل

(١) انظر حاشية ابن عابدين (١٠١/٨) والسووط (١٤٤/١٨) ونجدة الفقهاء (٢٥٦/٣) والبدائع (٥١/٦).

كان هو العاقد في مال الوصي، فأقر أنه استوفى جميع ما عليه وهو مائة درهم، وقال بعد ذلك لا بل كانت ألفاً وقد قضيتها فإنه يبرأ من جميع الألف.

والفرق أن الوصي أقر باستيفاء جميع المال، ومسر الجميع بالمائة، وهو في تكليفه له بمصل، ولم يقطع، حتى انعقد بتفسيره ثبت أن المقبوض مائة، ولم يصدى هذا عنه في زيادة القبض إلا أنه بتسمية المائة جميع ما عليه صار مرفقاً عما زاد على مائة درهم مكانه قص مائة، والبراءة عن الباقي لا تصح، لأن إبراء الوصي عن مال الوصي لا يجوز إذا كان يكن هو العاقد، فبقي المال عليه. وإذا كان هو العاقد أو كان المال له جاز إبراءه، كمسك هذا ما ترمع.

٦٣٥- ولو أن وصياً باع خادماً للورثة واشهد أنه استوفى جميع نسيبه وهو مائة درهم فقال المشتري: بل كانت مائة وحسين. فالقول قول الوصي، ولا يكون لموصي أن يتبعه بالخمسين الفاضلة.

ولو أقر الوصي أنه استوفى من فلان مائة درهم وهو جميع الثمن، فقال المشتري بل مائة وخمسين، كان الموصي أن يتبعه بالخمسين الفاضلة.

والفرق أنه لما قال: قضت جميع ما عليه. فقد أقر بقض جميع الثمن، وقوله: وهو كذا. تفسير له، فقد فسر المقبوض في وقت لا يحتاج فيه إلى بيانه، لأنه لو اقتصر على قوله استوفيت جميع ما عليه كفى، فلما التفسير، وصار كأنه لم يكن فلا يتبعه بشيء. وأما إذا قال: قضت مائة، فقد سى الثمن في حال: يرجع في بيانه إلى قوله، لأنه لا يقر بالاستيفاء، فصدق في مقدار المقبوض وهو مائة، فكانه لم يقر بالزيادة فكان له أن يتبعه.

ووجه آخر أن قوله: استوفيت جميع ما عليه منهم، وهو هكذا مفسر معلوم، والمبهم يفسر بالمعلوم فانعقد بتفسيره، وصار بتسميته ذلك جميع ما عليه ميراثاً عن الباقي فصح إبراءه، لأنه العاقد، وحق القبض وجب له.

وإذا قال: استوفيت مائة درهم وهو جميع ما عليه، فقد فسر المعلوم بالمبهم، والمعلوم لا يفسر بالمبهم فلما التفسير فكانه لم يقل شيئاً بقي مقررًا بقصص المائة فله أن يتبعه بالزيادة.

٦٣٦- ولو أن وصياً أقر أنه قبض جميع ما في منزل فلان من متاعه وميراثه ثم قال بعد ذلك: مائة درهم وخمسة أثواب، فأقام الوارث البينة أنه كان في منزله يوم مات أنهف درهم ومائة ثوب لم يلزم الوصي أكثر مما أقر به. ولو أقر أنه استوفى جميع ما بليت على

ملان من الدين، ثم أقام البينة أنه كان له علي ألف درهم، فبأنه تلزمه الزيادة.
والمرق أن كونه في ميراثه يوم مات لا يثبت عن كونه في ميراثه يوم قصص الوصي.
لأنه يجوز أن يكون ذلك اليوم في ميراثه ثم قصصه غيره، فلم يلزم الوصي بهذه البينة شيء،
فكان القول قوله في مقدار ما قبض.

وليس كذلك إذا أقر بقض جميع الدين، لأن كونه عليه يوم مات يثبت عن كونه
يوم نص، لأنه لا يكون لغير الموصي أن يقبض ديه، فوجب استبقاؤه إلى وقت قصصه.
فلزمه مقدار ما قامت به البينة.

٦٣٧- ولو قال لامرأته: تزوجتك أمس فقالت: لا، ثم قالت: بلى، فقال: لا. لزمه
النكاح. ولو قال: لك عني ألف درهم، فقال: لا، ثم قال المقر له: نعم، فقال المقر: لا.
لا يلزمه.

والفرق أن الإقرار بالنكاح يبرأ تحته دعوى، بدليل أنه لو أقام البينة على ذلك
قلت، والتكذيب يبطل الإقرار، ولا يبطل الدعوى فبقي دعواه فإذا صدقه نفذ.
وليس كذلك الإقرار بالمال، لأن ذلك بمجرد إقراره لا يستوى به دعوة الإبراء، ألا
تري أنه لا يخالف عليه ولا يقل البينة، والتكذيب يبطل إقراره فلم يبق إقراره، فلا
يصدق به.

٦٣٨- إذا قال لرجل: أنا عبدك، ثم قال: لا، ثم قال: بل أنت عبيدي، فإنه يكون
عبده، ولا يكون بميه هذا شيئاً. ولو كان في يده عبد فقل: هذا العبد لك، فقال: لا، ثم
قال: نعم. فإنه لا يكون له، ويكون للذي هو في يده
والمرق أن حجوده لا يبطل الرق، فإذا ادعاه بعد ذلك والرق باق صح دعواه إذا
لم يكن فيه إبطال حق غيرهما.

والمسألة الثانية لما رد إقراره أرتد وحكم باملك له، ولو قبلما دعواه بعد ذلك
لأدى إلى إبطال حق صاحب اليد، وهذا لا يجوز، لأنه يصير مستحقاً للحق بدعواه من
غير إقرار.

٦٣٩- وإذا قال: هذا العبد لملان ثم ادعى أنه اشترى منه قبل الإقرار لم يعمل ذلك
معه. ولو قال: هذا العبد لفلان اشتريته معه، فوصله بإقراره، ثم أقام البينة على الشراء،
فقبلت بيته استحقاقاً.

والمرق أن لفظ الحال يطلق ويراد به الماضي، ويقال: هذه دار عمرو من حريش،
ودار عمرو من الخطاب. يعني كانت داره، وقال النبي عليه السلام للال: «إلا إن العبد قد

نم»^(١) باسمه المتقدم، فلما قرن به دعوى الشراء فقد اقترن باللفظ ما دل على أنه لا بد من إخباراً عن الملك الماصي، فكانه قال: «كان لفلان واشترته فصدى»^(٢)

وأما إذا لم يقل موصولا فلم يقرن باللفظ ما دل على أن المراد به الإخبار عن الملك في الماضي، فصار إقراراً بالملك في الحال، فإذا ادعى الشراء كان مدعياً الشراء عن الإقرار فيكذبه إقراره الأول في دعواه الثاني، فلم يصدق.

٦٤٠- إذا كاتب المريض عبداً له في مرضه عسى ألف درهم ونيمته ألف درهم ثم أقر باستيفائه، جاز، وعنى من الثلث. ولو كان عقد الكتابة في الصحة، فأقر بالاستيفاء في حال المرض، جاز، وعنى من جميع المال.

والمرق أن حق الورثة تعلق بماله في أول جزء من أجزاء مرضه، وحق العقد يوجب البراءة بقوله: استوفيت في أثناء مرضه، فحق الورثة متقدم على حق العبد، وكان الحق السابق أولى، كدين الصحة والمرص.

وليس كذلك إذا كان عقد الكتابة في حال الصحة، لأن حق الورثة تعلق بماله في أول جزء من أجزاء مرضه، وثبت للمكاتب حق البراءة بقوله: استوفيت في حال الصحة، والحقائق المتأخرة لا تصح الحقوق السابقة، فكانت السابقة أولى.

ولأن حق الورثة تعلق برقبة العبد، فمال الكتابة وجب بدلا عما تعلق به حق الورثة، فاعتبر من الثلث.

وإذا كاتب المكاتب في حال الصحة فوجب مال الكتابة ببدل لم يتعق به حق الورثة، لأن حق الورثة لا يتعلق بما له في حال الصحة، وإقراره بالاستيفاء لا يؤدي إلى قطع حق الورثة فجواز أن لا يعتصر من الثلث.

٦٤١- إذا باع المريض عبداً من آخر وأقر باستيفاء الثمن جاز، وكان من جميع ماله. ولو كاتب في المرض فأقر باستيفاء مال الكتابة اعتبر من الثلث.

والفرق أن العبد بالبيع قد زال ملكه، وانقطع حق الورثة عنه، فصار الثمن بمرئاة دين للأجنبي، فإذا أقر المريض باستيفائه، ولا دين عليه، صدق.

(١) رواه عبد الرزاق في المصنف (٤٩١/١) والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٩/١) والبيهقي في الكبرى (٣٨٤/١) وأبو داود (١٤٦/١).

(٢) انظر المبسوط للسرخسي (١٣٥/١) وشرح فتح القدير (٢٥٤/١) وبداية المجتهد (٧٨/١).

وأما المكاتب فممن يزل ملك المولى يعقد الكتابة، ولم يقطع حق الورثة، نصار به بقوله: استوفيت مال الكتابة. يقطع حق الورثة عن رقبته، فاعتبر من الثلث، كما لم وهمه ٦٤٢- إذا مرض الرجل وعليه دين، فقطع رجل يده عمدًا أو خطأ، فصالحه من العمد على ألف درهم، ثم أقر بامتيقائه وهو مريض، صدق. ولو عصب منه في مرضه فأقر باسترداد المعصوب، لم يصدق.

والفرق أن ضمان اليد ضمان جناية، وحق العرماء لم يتعلق بأطرافه لأن أعضاء الحر لا تستحق في الديون، فلم يكن بإقراره قطعًا به حق العرماء عما تعلق به حقهم فجاء.

وليس كذلك المعصوب، لأنه مال: فوجوبه يبدل لا يمنع تعلق حق العرماء به، نصار بإقراره بالحق يسقط حق العرماء، وبقطع حقهم عما تعلق حقهم به، فلم يجر، كما لو وهب ماله في مرضه ابتلاء.

فإن قيل رقة العبد يتعلق بها حق العرماء، وهو مال، ومع ذلك ولو قتله رجل وقطع يده، ثم أقر المريض باستيفاء نصف القيمة صدق. والجواب: أن العبد وإن كان مالا فوجوبه بالجناية، وهي إتلاف نصار كالجناية على الحر.

٦٤٣- إذا باع الصحيح عبدًا، وقبضه المشتري، ثم مرض البائع، فأقر أنه استوى الثمن، ومات المريض، فوجد المشتري بالعبد عيب فرده بقضاء، ولم يحسن العبد ليسترد الثمن، ولكنه سلمه إلى الورثة، فإن العرماء أحق بمال الميت حتى يستوفوا حقهم، فإذا بقي لهم شيء يبيع هذا العبد فصرخوا مع المشتري في ثمنه. وإذا كان لرجل عبد مأذون عليه دين، فباع المولى منه عبدًا، ولم يمسكه لاستيفاء الثمن، وسلمه إلى العبد، لا يكون للمولى أسوة العرماء.

وافرق أنه وجب للمشتري حق الاختصاص بالعين، بدليل أنه أولى بامساكه، وله حق في العين، بدليل أنه لو أتلفه البائع يقرم قيمته، فإذا رده أبطل حقه من الاختصاص بالعين، بقي حقه في العين، وحق العرماء أيضًا وجب في العين، فاستويا كدين الصحة. وأما المولى فقد وجب له حق الاختصاص بالعين ولم يكن له حق في العين، لأن العبد لو استهلك ما لا للمولى لا يجب الضمان للمولى عليه، لأنه لا يحوز وجوب ضمان الدين للمولى على عبده فإذا سلمه للعبد فقد أبطل اختصاصه بالعين فبطل ولم يبق له في العين حق فلا سبيل له عليه، وكذلك المرتهن لا حق له في عين الرهن، بدليل أن الرهن هو

استهلكه لا يعزم قيمته للمرتهن، وإنما له حق الاختصاص بالعين فإذا رده أبطل حقه في الاختصاص، ولم يبق له في العين حق، فساوى سائر الغرماء.

٦٤٤- وإذا باع الصحيح عبداً بألف ثم مرض وعليه دين، فأقر أنه قد كان أمراً المشتري في صحته من الثمن، ثم مات المريض لم يصدق، ولو أقر بالاسيحاء صدق. والمرق: أن البراءة ليست من موجب العقد، بدليل أنه لا يجبر عليه، فصار متبرعاً بالبراءة، فصار كما لو أقر في حال مرضه أنه وهب في الصحة وعليه دين، فلم يصدق على التقديم، وجعل كالواهب في الحال، كذلك هذا وتبرعه في الحال لا يصح، فلم يجر.

وليس كذلك الاستيلاء، لأنه من موجب العقد، بدليل أنه يجبر عليه، فقد أقر بما هو من موجب العقد وذلك الإقرار حق المشتري، لأنه وجب للمشتري بحق العقد للبراءة بقوله: استوفيت في الصحة، وحق الغرماء تعلق بماله في أول جزء من أجزاء مرضه، وكان السابق أولى، كدين الصحة ودين المرض.

ووجه آخر أنه لا يقدر على ابتدائه فيوجبه، لأنه لو أبراه في الحال لم يصح، فلا يقدر على الإقرار به.

وليس كذلك الاستيلاء، لأنه يقدر على أن يتدنى فيستوفي، فيقدر على الإقرار، فإذا أضاعه إلى حالة الصحة ولم يقدر على حالة التقديم جعل كالفاعل في الحال، فكانه استوفى في حال المرض فصح.

٦٤٥- إذا تزوج امرأة لا يعرفها نسب، فأقرت أنها ابنة هذا الرجل، والرجل أبو الروح، فصدقها الأب وكذبها الروح، صدقت، وورق بينهما. ولو أقرت بالرق لأجنبي، وكذبها الزوج، ولم يقر المقر له بالإذن في النكاح، لم يطل النكاح.

والمرق أن كونها مملوكة لأجنبي لا يبني عقد النكاح عليها، بدليل أن المولى لو أجاز ذلك النكاح جاز، والعقد قد صح في الظاهر وهي بإقرارها لا يتبين أن ذلك العقد لم يكن عقداً، وإنما تريد إثبات معنى يفسخ به عقد قد صح في الظاهر فلم تصدق.

وليس كذلك النسب، لأن كونها أختاً له ينع جواز انعقد عليها، فهي تبرق قوماً أن ما جرى بينهما لم يكن عقداً، فجاز أن يقبل قولها، وإن كانت بحال لو أرادت إبطال عقد قد صح في الظاهر لم يقبل قولها، كما باع عبداً ثم أقام البينة أنه حر الأصل، قلت يشته، وسع دعواه، ولو أقام البينة أنه لم يكن لي، وإنما غصته من فلان، لم يصدق، كذلك هذا.

وروجه آخر أن العقد قد صح في الظاهر في حال الحرية، والرق طارئ بإقرارها، فلا يطل النكاح، كالروحي إذا نسا.

وفي النسب العقد قد صح في حال الحرية، والأخوة طارئة، والنسب الطارئ يطل النكاح، كالأخوة الطارئة بالرضاع.

٦٤٦- إذا أمر رجلا أن يشتري له جارية بألف فاشتري، فقال البائع: بعثتها بألف، وقال الأمر: اشتريتها بألف، فقال المأمور: إنما اشتريتها بألف وخسمائة فهي لي، فالقول البائع وللأمر أن يأخذها بألف فإن أراد المشتري يمين الأمر بالله ما يعلم أن المشتري اشتراها بألف وخسمائة فأني أن يحلف، أخذ المأمور الجارية بألف درهم. ولو قال المشتري: اشتريتها بمائة دينار، وقال البائع: بعثتها بألف درهم كما قال الأمر، وأخذ الأمر الجارية من البائع بألف، وأبى أن يحلف على العلم، أخذ المشتري الجارية من الأمر بغير شيء.

والفرق أن في زعم الأمر أنه لو حلف للبائع في حق الإمساك لأن كان للبائع حق الإمساك بألف درهم، والأمر لو أمسك بعد ما بكل عن اليمين لأمسك بمائة دينار، وإذا لم يحلف للبائع في حق الإمساك صار متبرعا بقضاء دين المأمور من غير أن يستعيد به حق الإمساك، فلم يكن له أن يمسكه، والبائع قد أخذ الثمن، فجاء له أن يأخذ الجارية بغير شيء. وليس كذلك إذا كان الثمن دراهم لأن في زعم الأمر أنه يحلف للبائع في حق الإمساك، لأنه كان للبائع حق الإمساك بألف درهم، والأمر لو أمسك لأمسك بألف وخسمائة، فقد ادعى ذلك الحق وزيادة وادعى حق الحبس به، فكان له حقه.

٦٤٧- ولو أن رجلا قال: له عليّ مع كل درهم لزمه درهمان. ولو قال لامرأته: أنت طالق تطليقة مع كل تطليقة، طلقت ثلاثا.

والفرق أن حرف «كل» إذا دخل على نكرة اقتضى استيعاب الجميع، كقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ دَآبِقَةٌ مِّمَّا كَتَبَ﴾ [ال عمران: ١٨٥]، و﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْنَا فَايٌ يَّمُ﴾ [الرحمن: ٢٦]، والطلاق ذو عدد محصور، فإذا أدخل عليه حرف كل اقتضى استيعاب الجميع، فصار كما لو قال: أنت طالق واحدة مع ثلاث تطليقات، ولو قال ذلك وقع الثلاث، كذلك هذا.

وليس كذلك الدراهم، لأن الدراهم ليس لها حاصر يحاصرها فصار إدخال حرف الكل له للإحاطة بأجزائه، فكان قال: له عليّ درهم مع أجراء جملة دراهم أحر، ولو قال هكذا لزمه درهمان، كذلك هذا والله أعلم.

كتاب الوكالة

٦٤٨ إذا قال: لعنان على ألف درهم، وأنت وكيله في قصتها، أحرر على سليم الدين إليه.

ولو قال: هذا العبد لعنان، وأنت وكيله في قبضه لا يجبر على تسليمه ولو قال: أنت وصي فلان، فإنه لا يجبر على تسليم العين والدين إليه. والفرق بين هذه المسائل أن إقراره بالدين يصادف ملك نفسه، لأن الدين يكون في الدمة، وما في ذمته يكون ملكاً له إلى أن يقضه صاحب الحق، فصادف إقراره ماله نفسه بصدق فيه.

وليس كذلك العين، لأنه ملك المقر له، فصادف إقراره ملك غيره، فلا يعمل إقراره.

وأما الوصي بإقراره بالعين يصادف ملك غيره، فلم يؤمر بدفعه، وإقراره بالدين يوجب إبطال حق صاحبه من القبض، لأن الوصي لا يقبض إلا بعد موت الموصي، وسقوط حقه من القبض بنفسه، وإقراره في إسقاط حق الغير لا يقبل، فلم يؤمر بالتدفع إليه.

ووجه آخر وهو أن في باب الدين لو صدقناه في إقراره والزمناه بتسليمه إليه لم يؤد إلى إبطال حق العائيب، لأنه إذا رجع فوجد الوكالة أمكنه استيفاء حقه من الغير، وإذا لم يؤد إلى إبطال حق العائيب قس إقراره.

وليس كذلك العين، لأنها لو صدقناه وألزمناه تسليم العين إليه لأدى إلى إبطال حق الغائب، لأنه ربما يعود فيجحد، فلا يقدر على استيفاء عين ملكه، لجواز أن يكون القاض قد أ تلف ذلك، أو غاب أو تلف ذلك الشيء في يده، فإن أدى تصحيح إقراره والأمر بالتسليم إليه إلى إبطال حق الغائب لم يصححه.

٦٤٩ - إذا وكل رجلاً بأن يؤجر أرضه فأجرها، ثم فسح الإجارة أو قبلها بعيب بعير قضاء، فإن كانت الأجرة مقبوضة لم يجز فسحها على موكله، وإن كانت غير مقبوضة جاز.

ولو وكل رجلاً بأن يستأجر أرضاً باستأجرها، ثم ردها بعيب أو فسح العقد، جاز. ولو وكل وكلياً بالبيع والشراء لا يجوز للوكيل أن يفسح على موكله قس أو لم يقبض.

والفرق بينهما: أن الأجرة إذا كانت مقبوضة فقد نعين ملك الآخر في الأجرة

وملكها، فصار هو بالفسخ يظل ملكه، فلم يجبر عليه، ووجب عليه صمائه وليس كذلك إذا لم يقبض، لأنه لم يملك الأجرة، وإنما وجد سبب الملك، فصار الوكيل بالفسخ يمتنع من التملك، فصار كما لو امتنع من ابتداء العقد، والدليل عليه الوكيل بالشراء إذا اشترى على أنه بالخيار ثم فسخه فإنه يجوز. لأنه لم يظل ملكه، وإنما امتنع من التملك؛ وأما الوكيل بالاستئجار فالمنفعة باقية في ضمان المؤاجر، بدليل أنها وفاتت على مثل المكري، والوكيل إذا فسخ فهو قد امتنع من التملك، فصار كما لو لم يملكه ابتداء ولم يعقد.

وأما الوكيل بالبيع والشراء فقد تعين ملك الأمر في البيع والتمن، فصار بالفسخ يظل ملكه فلم يجبر عليه، ووجب الضمان عليه. ٦٥٠- إذا وكله بأن يشتري له بدراهم يدفعها إليه طعاماً فله أن يشري الحطة ودقيقها، ولو اشترى لحماً أو فاكهة لم يجز على الأمر استحساناً. ولو حلف ألا يأكل طعاماً فأكل فاكهة أو لحماً حنث.

والفرق أن قوله: اشتر لي طعاماً. لفظ عموم أطلق والمراد به الخصوص، لأن لو حملناه على عمومه لأبطلنا التوكيل، لأنه لا يجوز أن يقال إن المراد به جميع الأطعمة في العالم، فصار المراد به بعضاً دون بعض، وهو مجهول فلم يجز حمله على العموم، فصار هذا لفظ عموم أطلق والمراد به الخصوص، فانصرف إلى أخص الخصوص، وأخص الخصوص الحطة ودقيقها، فإذا كانت دراهم كثيرة فالعادة جرت بأن ذلك القدر لا يشتري به الخبز، وإنما يشتري بها الحطة ودقيقها، فانصرف إليه، وإن كان درهماً أو درهماين فالعادة جرت بأن يشتري به الخبز فالعرف قرينة أقربت به فانصرف إليه، فلا يجوز غيره عليه.

وأما في اليمين فقد بقي أكل المسمى طعاماً، وترك أكل الجميع ممكن، فأمكن حمل اللفظ على حقيقته وعمومه، فلا يحمل على الخصوص، فأبي شيء أكله دخل في الاسم نحت.

٦٥١- وإذا باع الوكيل فاختلما فقال الأمر: أمرتك بألف درهم، أو بسابير، أو بحطة، أو بشعير، وقال: لا، بل أمرتني بخمسين ديناراً، فالقول قول الأمر ولو اختلف المضارب بالمال ورب المال فقال رب المال: أمرتك أن تعمل في السر أو الحطة، وقال المضارب أمرتني في جميع الأشياء فالقول قول المضارب. والفرق أن مطلق الوكالة تنعقد على الخصوص بدليل أنه لو قال: وكلتك بكذا

فإنه يكون وكيلًا في حفظ ذلك الشيء فقط، ولا يكون وكيلًا في التصرف فإذا ادعى زيادة في التصرف فهو يدعي زيادة لا يفتضيها ظاهر لفظه، فلم يصدق، لأنه يدعي زيادته تقتضي خلاف مقتضى العقد وموجه.

وليس كذلك المضاربة، لأنها تعتقد على العموم، بدليل أنه لو قال دعت إليك هذا المال مضاربة بالصف. اقتضى عموم التصرف، فإذا ادعى رب المال نوعًا من المال دون نوع فقد اقتضى شرطًا زائدًا على مقتضى العقد فلا يصدق.

٦٥٢- إذا وكل أبو الصبي وكيلًا يبيع مال الصبي فمات الأب بطلت الوكالة^(١).

ولو أن الإمام نصب قاضيًا ثم مات لم يتعزل القاضي.

والفرق أن عقد الإمام وقع لسائر الناس، هم من أهل العقد يحمل كأهم تولوا بأنفسهم، فلا يطل بموت الإمام.

وليس كذلك الأب، لأن عقده وقع لصبي، والصبي ليس من أهل العقد، فلا يجعل كأن الصبي تولى بنفسه فبقي الأب وهو الأمر، فإذا مات بطل أمره فبطل أمر من يتصرف من جهته

فإن قل: فلو مات الابن وجب ألا يطل وكنته، لأن الأمر باق .

قلنا: وإن بقي الأمر إلا أن الملك الذي انعقد فيه التوكيل قد زال باموت، فصار زواله بموته كزواله ببعه، ولو باع الموكل ما وكل ببيعه انعزل الوكيل، كذلك هذا.

٦٥٣- إذا قال: بعه وأشهد عليه، فباعه ولم يشهد، جاز.

ولو قال: بعه وارتهن بتمه، فباع ولم يرتهن لم يجز.

والفرق أنه أمره ببيع والإشهاد، فإذا فعل أحدهما من غير أن يلحق به صرر جاز، كما لو أمره بأن يبيع عبيدين فباع أحدهما.

وليس كذلك إذا قال له بع وارتهن، لأنه فعل بعض ما أمر به وألحق به ضررًا، فقد نص على عدم التزام حكمه، فلم يجز عليه، كما لو قل: اشتر لي عبدًا تامًا. فاشترى له نصف عبد، لم يجز عليه، كذلك هذا .

ووجه آخر أن الرهن صفة للثمن، لأن الرغبات تختلف باختلاف الرهن، لأنه إذا اشترى ودفع بالثمن رهنًا رغب البائع في مبايعته، فإذا لم يدفع بالثمن رهنًا لا يرغب في مبايعته، فقد أمره بأن يبيع بتم موصوف، فإذا باع بغير تلك الصفة وألحق به ضررًا لم

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٤٢/١٩) وبدائع الصنائع (١٥٠/٥).

بجر، كما لو أمره بأن يبيع بدواهم جباد ضاعه يربوف، فإنه لا يجوز، كذلك هذا.
وليس كذلك الإشهاد، لأنه ليس بصفة لثمن، بدليل أن الرعات لا تحلف في
البيع بالإشهاد وعدم الإشهاد، فلم يأمره بثن من موصوف، وإنما أمره بأن يبيع بثن مطلق.
وأمر بأمر آخر وهو الإشهاد، فإذا باع فقد فعل بعض ما أمره ببيعه، ولم يحالفه في ذلك
محر.

٦٥٤ - إذا وكل رجلاً ببيع عبد له، فباعه الأمر فرد عليه ببيع بقضاء فاض
فلو كبل أن يبيعه.
ولو وكله بأن يكتب عنه فكاتبه الأمر، ثم عجز، فرد في الرق لم يكن للوكيل أن
يكاتبه نائباً.

والفرق أنه ما أمره بالبيع فقد أمره بشيئين بأن يعقد، ويلتزم حقوق العقد، لأن
عليه التسليم فإذا باعه الأمر فقد فعل بعض ما أمر به وبقي الوكيل مأموراً بالتزام حقوق
عقد يقع له، وهو لا يصل إلى ذلك إلا بأن يعقد، فكان له أن يعقد.
وليس كذلك الكتابة، لأن الأمر بالكتابة أمر بشيء واحد، وهو العقد، لأن حقوق
العقد لا تتعلق بالوكيل، لأنه ليس له أخذ مال الكتابة، فإذا كاتبه فقد فعل جميع ما أمره به
فأعزل الوكيل، كما لو قل: عزلتك.

٦٥٥ - إذا باع الوكيل عبداً ثم قطع يده أو قتله قبل التسليم للمشتري أن يدمع
الثن ويأخذ العبد، ويضمن الوكيل نصف قيمته.

ولو أن رجلاً باع عبداً لنفسه فقطع يده أو قتله قبل التسليم سقط نصف الثمن.
والفرق أن حماية الوكيل أوجبت ضماناً، لأنها لو فسخت العقد لعاد العبد إلى ملك
الموكل، فيصادف جناية الوكيل ملك غيره، فيجب الضمان، فهذه حنيفة أوجبت
الضمان، ولو أوجبت الضمان لم توجب القيمة عليه لحق العقد، وإنما توجب بجايته وقد
مات المبيع إلى خلف، فبقي العقد بقاء خلفه، كالأجنبي لو جنى عليه.

وليس كذلك لو قطع الموكل يده، لأن هذه جناية لا توجب ضماناً، لأنها لو أوجبت
الضمان لأوجبت عليه تسليم القيمة لحق العقد لا عدناه إلى ملكه، فكانت حمايته على ملك
نفسه وحمايته على ملك نفسه لا توجب ضماناً، فقد مات المبيع لا إلى خلف، فلم يبق
العقد لانتفاء خلفه فبطل، كما لو مات قبل التسليم.

أو نقول: لم يستفد الملك من جهة الوكيل وإنما استفاد من جهة الموكل، فصار
الوكيل كالأجنبي، ولو جنى عليه أجنبي لم يبطل البيع.

وأما الموكل فهو قد استعاد الملك من جهته، وحايته على ملك عسه توجب تمويت التسليم، وتمويت التسليم يوجب عوده إلى ملكه، وحايته على ملكه لا توجب ضماناً، فمن حيث يوجب الضمان لا يوجه بسقط أصلاً، وفات لا إلى خلف، متصل البيع كما لو مات.

٦٥٦- الوكيل بالشراء إذا اشترى ولم يسلم إلى الموكل فله الرد بالعيب. ولو سلم إلى الموكل لم يكن له أن يرده إلا بإذنه.

والفرق أنه لما رده إلى الموكل فقد رالت اليد التي استعاد بها التصرف فزال ذلك التسليط، فلم يكن به التصرف إلا بإذن حديد.

وإذا كان في يده بعد فقد بقيت اليد التي استعاد بها التصرف، فبقي حوار التصرف وإن زال التسليط، كالمولى إذا حجر على عبده المأذون والمال في يده، جار إقراره، ولو انتزع المال من يده لم يجر إقراره، كذلك هذا.

وجه آخر: أن يد الموكل لم تعد للبائع، بدليل أن الموكل لو أراد أن يترعه من يده لم يقدر عليه، فهو بالرد يزيل يداً لم تعده للبائع فلم يجز، كما لو اشترى شيئاً ثم باعه من غيره، ثم أراد أن يرده بالعيب على البائع الأول لم يكن له ذلك، كذلك هذا. وليس كذلك إذا لم يسلم، لأنه بالرد يزيل يداً قد أضافه الساع في عقد تعلق حقوقه بجار، كما لو اشتراه لنفسه.

٦٥٧- ولو وكله أن يشتري له حنطة من العراق فاشتراها واستأجر حمالاً ليحمله إلى منزله استحق الأجر على الأمر استحساناً. ولو اشترى حنطة من قرية بعيدة من المصر واستأجر حمالاً لينقلها إليه لم يجر له الأجر.

والفرق أن العادة جرت بأن الرجل يشتري الحنطة من المصر، وينقله إلى بيته فصار كالمنطوق به وتعيينه بالعرف كتعيينه بالنطق. وليس كذلك خارج المصر، لأن العادة لم تجر بأنه يشتري الحنطة من القرى، وينقل لأنه ربما تنقل وربما يترك هناك، فلم توجد قرينة تدل على أنه أراد به الإذن في النقل، فصار متبرعاً فلا يرجع عليه بالكري.

٦٥٨- إذا وكله بأن يشتري له عبداً ودفع إليه الدراهم فاشتراه ولم يقدر الثمن حتى هلك في يده فله أن يأخذ الثمن من الموكل ثانياً، فإن أخذه فتلّف لم يرجع على الأمر ثانياً.

ولو دفع مالا مضاربة إلى إنسان، واشترى شيئاً، فتلّف المال قبل دفعه إلى الساع،
للمضارب الرجوع على رب المال، فإن رجع فتلّف في يده قبل أن ينقذه للبائع فله أن
يرجع ثانياً وثالثاً ورابعاً وخامساً .

والفرق أن في باب الوكالة ما قضه الوكيل كان مضموناً له على الموكل، لأن
صحة الوكالة بضمان معقد بين الوكيل والموكل، بدليل أن ما لا يجوز أن يكون مضموناً
للوكيل على الموكل لا يصلح التوكيل به، كمسلم وكل مسلماً بأن يشتري له حمراً لا
يجوز، وبدليل أنه لو لم يدفع إليه الثمن وأمره بشرائه فإنه يصح، فدل أن صحة الوكالة
بضمان معقد بين الوكيل والموكل، فوقع العقد بمضمون في ذمة الوكيل فرجع به على
الموكل فإذا قبض فقد قض مضموناً له عليه، فإذا تلّف تلف من ماله فلا يرجع ثانياً
ولس كذلك المضارب لأن مال المضاربة أمانة في يده، بدليل أنه ما لم يدفع إليه
مال المضارب لم تكن مضاربة، وبدليل أنه إذا قض مرة فتلّف ثم قض ثانياً فتلّف كان
الجميع رأس المال، فصار المقبوض أمانة، فإذا تلّف جعل كأنه لم يقبض، ولو لم يقبض
كان له أن يرجع عليه ثانياً، كذلك هذا.

٦٥٩- إذا وكل رجلاً بكل قليل له وكثير به في ماله كان وكيلاً في حفظه، وليس
بوكيل له في التفضي والبيع والشراء.

ولو وكله بدينه فإنه يكون وكيلاً بقبض الدين.

والفرق أن مطلق الوكالة عبارة عن الحفظ، قال الله تعالى: ﴿ وَأَنَّهُ عَلَىٰ مَا نَفَعُوا
رَكِيلٌ ﴾ [القصص : ٢٨] يعني حفيظاً، وقال: ﴿ وَمَا أَنتَ عَلَيْهِم بِوَكِيلٍ ﴾ [الشورى : ٦]
أي بحفيظ، فصار كما لو قال: وكلتك بحفظ كل مال لي.

وليس كذلك إذا قال: وكلتك بديني، لأن مطلق التوكيل يقتضي الحفظ فقط إلا أن
ما في الذمة لا يمكن حفظه إلا بعد القبض فصار جواز القبض مستفاداً بالأمر بالحفظ،
فكانه قال: اقبض واحفظ، فإذا أفضه كان بإذنه .

٦٦٠- وإذا وكل الوصي وكيلاً بدفع دين على الميت جاز .

والوكيل بالدفع إذا وكل وكيلاً بالدفع لا يجوز .

والفرق أن الوصي يتصرف بالولاية، بدليل أنه يتصرف بعد سقوط أمر الأمر
ويجوز، فصار كالأب وللأب أن يوكل، كذلك هذا.

وليس كذلك الوكيل، لأنه يتصرف بالأمر، بدليل أنه لا يتصرف بعد موت الأمر،
وقد خصه الأمر بالأمر، فاحتص به، ولم بعده، كما لو خصه بالحفظ، بأن أودعه شيئاً

انحص به ولم يعده، كذلك هذا.

٦٦١- إذا قال الموكل للوكيل: ما صنعت من شيء فهو جائز، فوكل الوكيل وكلاً آخر، وقال له: ما صنعت من شيء فهو جائز. لم يكن للثاني أن يوكل ثالثاً^(١). ولو دفع مالا مضاربة إلى رجل، وقال له: ما صنعت من شيء فهو جائز. (جاء به أن يضارب غيره، ولو قال الثاني للثالث: ما صنعت من شيء فهو جائز) فله أن يضارب الثالث وكذلك الرابع والخامس.

والفرق أن عقد الوكالة يقتضي الخصوص، بدليل أنه لو قال: وكلت لا يكون. أن يتصرف، وإنما يقتضي الحفظ فقط، وليس له أن يوكل غيره أيضاً، وإذا كان مطلق التوكيل يقتضي الخصوص في قوله ما صنعت من شيء فهو جائز زيادة ملحقه بالعقد فكان له حكم أصله وهو الخصوص فلم يتعد إلى غيره.

وأما المضاربة فمطلقها يقتضي العموم، بدليل أنه لو قال: دفعت إليك مضاربة. فله أن يدع إلى غيره مضاربة وأن يستأجر ويتصرف، وقوله: ما صنعت من شيء فهو جائز. زيادة أخفت بالعقد، فكان لثلث الزيادة حكم أصله كالزيادة في الثمن والمهر وغيره، وأصل المضاربة لا يحفظ ويتعداه، لأن له أن يضارب فكذلك ما ألحق به حكمه حكم أصله، فله أن يضارب.

٦٦٢- وإذا وكله بأن يرهى له ثوباً بسراهم فرهته عند ابنه الكبير، أو عند قاهر له عليه دين جار^(٢).

والوكيل بالبيع إذا باع من ابنه الكبير، أو عبده وعليه دين لا يجوز عند أبي حنيفة رحمة الله عليه.

والفرق أنه لا يثبت حق الأب في رهى عند ابنه، وعبد عند المأدون، فهو لا يستوجب الحق لنفسه فجاز، كما لو رهته من أجنبي.

وأما في المبيع فله حق في مال ابنه، بدليل أنه لو احتاج إلى ماله في العقة أوجب له، ولو استولد جاريته صح، فإذا باع من ابنه فقد استوجب الحق لنفسه، نصار كما لو استوجب الملك لنفسه، ولو باعه من نفسه لم يجز، كذلك هذا.

وأما إذا رهن عند عبده الصغير لم يجز، لأنه يعاقده بنفسه، فلم يجز.

(١) مظر البحر الرائق (١٤١/٧)، (١٧٦) وحاشية ابن عابدين (٢٦٩/٧) والمبسوط لسرعسي (١٩) (٢٩).

(٢) مظر المبسوط لسرعسي (٨٣، ٨٠/١٩).

٦٦٣- إذا وكل وكبلا بقص الدين فمات الموكل، فقال العريم قد أدت مسرى إلى الوكيل، وقال الوكيل: قد كنت قضت المال ودعمت إلى الموكل، لا يصدق عريم، لا الوكيل.

ولو أودع عند إنسان ودبعة، ووكل وكبلا بقصها، ومات الموكل، فقال المودع قد رددت الودبة إلى الوكيل، وقال الوكيل: قد كنت قصت ورددتها إلى الموكل. فلا ضمان على المودع، والقول قول الوكيل.

والفرق أن الوكيل أقر بما ليس له أن يتدنه فيمعله، فلم يصدق في إقراره، كالتوكيل إذا قال بعد العزل: قد كنت بعت لم يصدق، كذلك هذا.

وفي باب الودبة أقر بما ليس له أن يتدنه فيمعله، فلم يصدق على القبض، إلا أن المودع أمين به، وقد أقر باندفع إلى من جعل له الدفع إليه، فإن لم يصدقه لم نعره فيجعل الشيء كالتالف في يده، ولو ألتف في يده لم يضمن كذلك هذا.

٦٦٤- إذا أودع عند إنسان عبداً ووكل بقبضه، فقتل العبد خطأ، كان للمستودع أن يأخذ قيمة العبد من عاقله القاتل.

وليس للوكيل أن يأخذ القيمة من المودع.

والفرق أن حق المودع في الحفظ ثبت في العين، بدليل أن إنساناً لو عصمه كان خصماً في ارتجاعه، ولو سرقه سارق كان للمودع حق القطع، وإذا ثبت حقه في العين سرى إلى البذل، كالرهن فقد ثبت له حق الحفظ في العين ولا يصل إلى ذلك إلا بقبض القيمة، فكان له قبضها وحفظها.

وليس كذلك الوكيل، لأنه بالتوكيل لم يجب له حق في العين، بدليل أنه لو كان وكبه بأن يقص عبداً من زيد فغصب من يد زيد لم يكن الوكيل خصماً في فضه من يد العاصم. وإنما ثبت حقه بالقبض ولم يوجد من حبة القبض جناية فلم يثبت وحقه في العين فلا يسري إلى البذل، كما لو استأجر عبداً فقتل عبده لم يكن له أخذ قيمته، كذلك هذا.

٦٦٥- إذا وكله بقبض أمة فولدت كان للوكيل أن يقبض الولد مع الأم. ولو قتلت لم يكن له أن يأخذ القيمة.

والفرق أنه بالقبض ثبت له حق الحفظ في العين، فاستند ثبوت هذا الحق إلى انعقد نصار كأن الحق ثابت في ذلك الوقت، ولو قبضها ثم ولدت مسرى حق حفظه إلى النساء. كذلك هذا.

وليس كذلك القيمة، لأنه لم يوجد القبض في العين حتى يستند إلى حالة انعقد، فلم

يجب حقه في العين، فلا يسرى إلى المراء

فإن قيل لو قطع يدها فأخذ الوكيل الأم لم يكن له على الأرض سلب، لا بها، لا حقه ثبت في العين بالقبض فاستند كما يقال في الولد.

قلنا: الأرض بدل اليد ولم يوحد القبض في اليد المقطوعة، فلم يصح القبض في ذلك الجزء فلم يصير قابضاً العين بكماله، فلم يسر هذا القبض إلى المراء الذي تولد من الجزء المقطوع، وصار في حقه كانه لم يقبض العين أصلاً.

ووجه آخر أنه أمره بقبض الأمة والولد جزء من أجزائها متصل بها فصار كسائر أجزائها فإنه يقبض الأم كلها، كذلك هذا.

وليس كذلك القيمة لأن القيمة ليست بجزء منها وهو قد خص القبض بها فلا يعدوها، فصار كمال له آخر، ولا يأخذ مالا آخر، كذلك هذا.

٦٦٦- وإذا وكل العبد المأذون وكيلا في شيء لم يكن من حقوق عقده، ثم ححر عليه المولى لم يملك الوكيل وكيلا.

ولو باع العبد أو اشترى فوكل وكيلا في حقوق عقده، ثم ححر عليه المولى بالوكيل على وكالته.

والمرق أن حقوق القبض وجبت بالعقد لا بالإذن، لأنه العاقد، وحقوق العقد متعلقة به، وبالحجر لا يبطل ذلك العقد فلم يبطل حقوقه، وهو يقدر على أن يتدنى بقبض ويتولى حقوق عقده بنفسه، فلم ينحل وكيله.

وما لا يكون من حقوق عقده فجواز تصرفه بالأمر والأمر ارتفع بالحجر فلا يقدر أن يتدنى فيتولى بنفسه فلا يقدر وكيله.

٦٦٧- ولو وكل وكيلا أن يزوجه امرأة فتزوجها الوكيل لنفسه، جاز، وكانت امرأته.

ولو وكله أن يشتري له عبداً بعيه فاشترى الوكيل لنفسه، وقع الشراء للموكل.

والفرق أن في باب السكاح يحالعه الوكيل في لفظ العقد، لأنه إذا روجه يقول: زوجتك من فلان، ولو عقد لنفسه لقال: تزوجت فلانة، وإذا حامه في لفظ العقد لم يقع العقد للموكل كما لو أمره أن يشتري له عبداً بألف فاشترى بألفين.

وليس كذلك في الشراء، لأنه لم يحالعه في لفظ العقد، لأنه لو اشتراه له نقال اشترى، ولو اشتراه لنفسه لقال أيضاً: اشتريت، فقد وافقه فيما أمره به، وهو قد ائتم بعقد التوكيل أن يكون عقده له، فإذا عقد كذلك وقع له، ولو قلنا: لا يقع له لصار عازلاً

نفسه، وعمره لنفسه وحده لا يصح، فلم يعزل.
٦٦٨- ولو أن رجلاً له عند عليه دين، فوكل الغريم المولى أن يرى عده، جاز.
ولو وكل المولى أن يستوفي دية الذي له على العدة، لا يحوز.
والفرق أن التوكيل بالاستيفاء يوجب براءة العريم بإقرار الوكيل استوفيت، ويلحق
المولى التهمة في إقراره بالاستيفاء، فهو جوزاً الوكالة يؤدي إلى إلحاق التهمة، فلم تعز
الوكالة .

وليس كذلك الوكالة بالإبراء، لأن الإبراء إسقاط الحق، ولا يلحقه التهمة فيه ولو
حوزنا التوكيل لبرئ بقوله: أبرأتك، من غير أن تلحقه التهمة فيه، فوجد مقتضى التوكيل
مجاز، كما لو قال: أبرئ نفسك من الدين الذي لي عليك، جاز، كذلك هذا
٦٦٩- إذا دفع إلى رجل دراهم، وأمره أن يشتري له بها جارية، فاشترى وقد
الدراهم فوجدها البائع زبواً فردها على الوكيل فهلك في يده فلها تهلك من مال الوكيل

ولو وحدها ستوفة أو رصاصاً فردها على المشتري فهلك في يده لم يكن على
المشتري ضمان وهلك من مال الأمر.

والفرق بينهما أن الربوف أو البهجة تدخل في القضاء، لأنه من جنس الدراهم،
بدليل أنه لو تجوز به لجز، فالمشتري قد قضى بها مضموناً عن نفسه، وهو قد أمره
بحفظها وجعلها أمانة عنده إلى وقت القضاء، فإذا قضى فقد ارتفع عقد الأمانة وقد قضى
مضموناً، فإذا رد عاد إلى الضمان فلا يعود إلا بتحديد عقد أمانة، ولم يوجد.
وليس كذلك الستوفة لأن الستوفة والرصاص ليسا من جنس الدراهم بدليل أنه لو
تجوز به لم يحر، فلم يضر المفقود قضاءً، وهو قد جعل أمانة في يده إلى وقت القضاء،
فلم يقع القضاء بالأداء، فإذا رد صار كأنه لم يسلم إليه، فبقي أمانة في يده، فإذا تلف تلف
من مال الأمر.

٦٧٠- ولو أن مدبراً أمر رجلاً أن يشتري له نفسه من مولاه بألف درهم فاشتراه
وبين أنه يشتريه للعبد عتق، ولم يكن للمولى على المشتري سبيل.

ولو أمره العبد القن أن يشتري له نفسه من مولاه بألف درهم، فاشتراه وذكر أنه
يشتريه للعبد، فالعبد حر، والألف على المشتري في رواية الجامع الصغير.
والفرق أنه بالدخول معه في الشراء ملتزم حكم عقده، وشراء المدبر لا يوجب
ضمان الثمن على المشتري.

وفي العبد بالدخول معه في الشراء التزم حكم عقده ، والعقد على العبد ، حب ضمان الثمن على المشتري فلزمه.

ووجه آخر أن نفس العقد لا يوجب ضمان البدل على المشتري، وإما المصاحب لضمان البدل وجوب حق القبض، بدليل أن العقد الذي لا يوجب للعقد حق القبض لا يوجب عليه ضمان البدل، كالتكاح والخلع فثبت أن الضمان عليه يوجب حق القبض ، والمدير في يد نفسه، فصار كأنه قد قصص نفسه من المولى، فلم الوكيل إلا ما بقصه. فصار كأن الوكيل قبضه، ولو قبض المدير على حكم العقد لا يلزمه الثمن. ولا يكون مضموناً كذلك هذا.

وأما العبد فهو في يد نفسه أيضاً، فلم الوكيل الرضا بقصه، فكان الوكيل قضى. ولو قضى الوكيل من المولى رقة العبد كان الثمن واجباً عليه وكان قبضه مضموناً، كذلك هو.

٦٧١- إذا قال: أنت وكيل فلان في قض دينه، ودفع الدين إليه، تلف عبده الوكيل وجحد الوكالة، فليس للدافع أن يضمن الوكيل .

ولو قال: هذا الشيء لك فبعه مي. فباعه منه، ثم استحق من يد المشتري، رجع على البائع بالثمن.

والفرق أنه بالاستحقاق تبين أن الملك فيه لغيره، وأنه قضى الثمن ملك غيره، وقضى ثمن ملك الغير يوجب أن يكون مضموناً عليه، كما لو باع ملك غيره وقضى الثمن، ثم استحق المبيع، فإن الثمن يلزم، كذلك هذا.

وفي الوكالة لما جحد لم يثبت الوكالة، فصار قابضاً مال غيره بإذنه من غير وكالة، فصار مؤتمناً، وقبضه مال غيره بإذنه يوجب ألا يكون مضموناً، كما لو دفع إليه الدين على وجه الرسالة ليوصله إلى الغريم.

ووجه آخر أن المشتري أقر أن الملك له، وكون الملك له لا يمنع استحقاق الثمن عند موت التسليم، كما لو أتلّف المبيع قبل القبض رجع الثمن، فله أن يرجع.

وفي الوكالة إقرار المالك للغريم ، فإذا كذبه لم يثبت القصاص، فبقي مؤتمناً إياه، وكونه أمانة يمنع وجوب الضمان عليه كالوديعة.

٦٧٢- إذا قال رجل لرجل: اشتر لي بهذه الألف جارية، فقال المأمور: نعم، والدرهم ستوق أو مهرجة أو رصاص أو زيوف لا يعرف المأمور، والأمر يعرف، فالوكالة على التسمية وهي الدراهم الجياد، وكذلك إن عرف كل واحد منهما أنها ستوق ولم يعلم كل واحد أن صاحبه يعلم، فإذا علم كل واحد أن صاحبه يعلم انعقد بالمعنى.

ولو أن رجلا جاء بدراهم إلى بائع وقال: يعني هذه الدراهم كذا وكذا. فباعه ما قال فإذا الدراهم زيوف أو هرجة وعلم البائع ذلك، فإن العقد يعقد بالمعنى، وإذا كانت ستوفة أو رصاصة فعلى المشتري بذلك جيد نقد السد، ولا يشترط في الزيوف علم كل واحد بأن صاحبه يعلم.

والمرق أنه يحتاج إلى معرفة صفته لأحد شئتين، إما لإزالة الضرر أو لإحاق ضرر، وفي الوكالة الحاجة إلى معرفتها لإزالة الضرر لأنه لا ضرر يستحقه لكون الدراهم زيوفاً أو هرجة، مجاز أن يشترط إزالة جميع جهات الضرر والجهالة، فإذا لم يعلم صاحبه فعنه أن صاحبه غار له، وكذلك إذا علم واحد ولم يعلم الآخر فإذا لم تزل جميع جهات الضرر فاعتبر التسمية.

وليس كذلك في السائع لأن الحاجة إلى معرفة صفة الدراهم لزوال الضرر، لأن الضرر يلحقه إذا كانت الدراهم زيوفاً أو هرجة فإذا علم ذلك فقد زال الضرر سواء علم أن صاحبه علم أو لم يعلم، وإذا زال جميع جهات الضرر انعقد العقد بالمعنى دون المسمى، ووقع القضاء به، وفي الستوفة لم يقع القضاء بها فبقي المسمى واجباً.

٦٧٣- إذا قال لرجل: آجره داري هذه بعد، فأجرها بعد بغير عينه لم يجز.

ولو قال: تزوج لي فلانة على عد، أو احلح امرأتي على عبد. فخلعها أو تزوجها على عبد بغير عينه جاز.

والعرق أن الإجارة تشبه المعاوضة والعقد على المال من وجه، وتشبه العقد على غير المال من وجه، أما شبهها بالمال من حيث إن المنافع تصير مالا بالعقد عليها، وتشبه انعقد على غير المال من حيث إنه لو غضب داراً فسكنها لا يوجب الأجر، ولو استأجر داراً نادر لم يجب للشفيع فيها شفعة، فلو قلنا: إنه يجوز على حيوان بغير عينه لأحقاه لما ليس بمال وأبطلنا شبهه بالمال، وهذا لا يجوز فيوجب من الشبهين.

أو نقول: لما أخذ شبهها من الأصلين غلبنا جهة المالية فيها، لأنه يقلل التحويل والنقل إلى غيره، فصار كالمال والحيوان لا يشت في الذمة بدلا عما هو مال كالسلم.

وأما الكاح فالصع ليس بمال، ولا يشبه العقد على الأموال بوجه، فلو حوزنا على عبد بغير عينه لم يؤد إلى إبطال شبهه بالمال، فجوزنا على عبد بغير عينه، ومن أصحابنا من قال: إن المنافع مال، لأنها تستفاد من المال، وإما لا تضمن بالغصب، لأن البدل لا تثبت عليه، والحيوان لا يجوز أن يشت في الذمة بدلا عما هو مال، بخلاف الصع والدم العمد، فإنهما ليس بمال، لأن الحر ليس بمال.

كتاب الكفالة والحوالة

٦٧٤- إذا كفل ثلاثة رهط بنفس رجل على أن يعصم كلاء عن بعض كـ
 للطالب أن يأخذ أيهم شاء بنفس الأول، وأبهم دفع نفسه إليه برئ هو وصاحبه
 ولو كفل رجل بنفس رجل، وكفل به آخر مدعه أحدهم إليه لم يبرأ صاحبه.
 والفرق أنهم التزموا تسليمًا واحدًا في المسألة الأولى لما اشتركوا في ضمان
 لاستحالة أن يجب تسليمه مرة بعد أخرى في حالة واحده، وصار كل واحد كالأدب
 لصاحبه في تسليمه إليه، فإذا وفاء أحدهم برئوا جميعًا كما لو اجتمعوا على التسليم.
 وليس كذلك في المسألة الثانية، لأن كل واحد ضمن غير ما ضمن الآخر، لأن
 تسليم النفس مضمون عليه مرة بعد أخرى حتى تفصل الحصومة، فكل واحد ضمن غير
 ما ضمنه الآخر فلا يبرأ بتسليم ما ضمنه الآخر كما لو كفل كل واحد دينًا على حدة.

٦٧٥- وإذا كفل ثلاثة عن رجل على أن كل واحد ضامن عن صاحبه فأدى
 أحدهم شيئًا منه رجع على صاحبه بنصف ما أدى ثم رجعا على الثالث بثلث ما أدى،
 وكذلك لو كاتب عيدين على ألف درهم وجعل كل واحد كفيلًا عن صاحبه فما أدى
 أحدهم كان له الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى.

ولو اشتريا من رجل عبدًا بألف، وضمن كل واحد الثمن عن صاحبه، أو كان
 لرجلين على رجل ألف درهم وكل واحد كفيل عن صاحبه، فما أدى أحدهما لا يرجع
 على شريكه بشيء، إلا أن يزيد على النصف فحينئذ يرجع عليه.

والفرق أن في الكفالة الجهة جهة واحدة هي الكفالة، وليس بعضها أصل وبعضها
 كفالة، فإذا كانت الجهة واحدة استويا فيه، فما أدى أحدهما وقع عن نفسه وعن صاحبه
 فرجع عليهما، وكذلك في الكتابة الجهة جهة واحدة، لأن جميع المال مضمون على كل
 واحد بالكفالة، إذ لو لم يجعل كذلك لكان بعضه أصلاً وبعضه كفالة، والكفالة بمال
 الكتابة لا تجوز فاستويا فيه، فما أدى أحدهما وقع عن نفسه وصاحبه.

وليس كذلك في الشراء والدين، لأن الوجوب هناك جهتان بعضه بالأصل وبعضه
 بالكفالة عن صاحبه، فإذا أدى شيئًا وقع عن الأصل، لأنه أكد من الفرع حتى يزيد على
 النصف، إذ لو جعلنا بعضه عن الكفالة ليرجع على شريكه لكان لشريكه أن يرجع عليه
 بما يؤدي، فلا فائدة فيه، فحعلناه مؤديًا عن نفسه، فإذا زاد عن النصف وقع عن شريكه

فرجع عليه.

ووجه آخر أن في الكفالة والكتابة من حيث يجعل أداء بعض المال عن صاحبه لا يقدر صاحبه على أن يجعل أدائه عنه، لأن جميع المال واجب على كل واحد بالكفالة والكتابة من حيث له أداء البعض عنه وأداء الجميع إذا أدى بعضاً رجوع عليه. وليس كذلك الشراء والدين، لأننا لو جعلنا له الرجوع على صاحبه فيما دون النصف لكان لصاحبه أن يجعل عنه يقول: إن جعلته عن كفالته عني جعلته عن كفالتي عنك حتى أرجع عليك، فلم يكن له أن يجعله عنه فوقع الأداء عن نفسه فإذا زاد على النصف لم يقدر أن يجعل صاحبه أداه عنه، لأنه لم يكن عليه إلا النصف فوقع عن صاحبه فكان له الرجوع عليه.

٦٧٦- الكفالة بالتمس والمال تصح بغير رضا المكفول عنه^(١)، والوكالة عن الغير

بغير رضا الموكل لا يجوز.

والمرق أن في الوكالة إيجاب حق لنفسه على الموكل، وهو تنفيذ إقراره وبيعته وشرائه أو سماع البينة عليه، وإيجاب الحق على الغير بغير رضا الغير لا يجوز. وليس كذلك الكفالة، لأنه ليس فيه إيجاب حق على الغير، ولا في ملكه، وإنما هو نحمل حق مضمون عنه، ونحمل الحق عن الغير بغير رضاه جائز كما لو قضى دينه.

٦٧٧- إذا كان على العبد دين أو المدير، فكمثل بإذن المولى عن المولى بمال، ثم أعتقه المولى، فاختار عرماً العبد استسعاء العبد، لم يكن للمكفول له أن يشاركهم في تلك القصة ويشعونه بدينهم بعد المعتق.

ولو كان مكان العبد أم ولد فعتقت، فإن صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها. والفرق أن العبد يقبض رقبته وصية، وكذلك المدير بدليل أنه يعتبر خروجها من الثلث، ولو كان عليه دين مستغرق يسعى في جميع قيمته، فدل على أنه يقبض رقبته وصية، فإذا كان عليه دين وجبت السعاية لأجل الدين، لأن الدين مقدم على الوصية فصار بقاء تلك السعاية عليه كبقاء الرق، لأن المستسعاة عند أبي حنيفة رحمه الله بمرنة المكاتب، وإذا بقي الرق صار هذا ديناً وجب على رقيق، فكان أولى من دين المولى كما لو لم يعتقه.

(١) انظر المحلة (ص ١١٥، ١١٨) والهداية شرح البداية (١/٨٩، ٩٣)، والبحر الرائق (٦/٢٢٥، ٢٢٦). وصارى السعدي (٢/٧٥٨) والبسوط (١٠/١٩٦، ٢٠٠)، (٤/٣، ٤).

وأما أم الولد فإنها لا تنقص رقبته وصية، بدليل أنها لا تسمى لعدم ولاءها، ثم فلم يكن الدين مقدماً على عتقها، إذ لا يجب استقاء الرق فيها فعتقت، ووجه حب الدين عليها بالكفالة، وعليها دين نفسها، وصارت كحرة انضمت عليها ديون، فاشتردها جميعاً في تلك القيمة.

٦٧٨- إذا كفل رجل عن رجل بمال ولم يؤده لم يكن له أن يطالب المكفول عنه بالدين، حتى يؤديه^(١).

والوكيل بالشراء له أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدي.

والفرق أن طلب المكفول له لم يقطع عن المكفول عنه، بدليل أن له أن يأخذه به، فلو جوزنا أن يأخذه به قبل الأداء لوجبنا عليه طلبين مختلفين بمال واحد وهذا لا يجوز.

وليس كذلك الوكيل، لأن طلب البائع عن الموكل ساقط، لأنه ليس له أن يرجع على الموكل، لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقدة، فلو أوجبنا له الرجوع لم يؤد إلى أن يتوجه طلبان بمال واحد في حالة واحدة محذور.

٦٧٩- ولو أمر رجلاً غليظاً له أن يتقد فلائاً ألف درهم عنه فتقده ألف درهم علة أو هجرة لم يرجع على الأمر إلا بمثل ما أعطى.

ولو كان مكان الأمور كميل عنه بألف درهم رجع بألف درهم بحقه.

والفرق أن في الخليط وجوب الرجوع عليه بما يؤدي، لا بما يملك، لأنه ليس في ذمته ضمان قبل الأداء بملك المال عليه به، ولأنه لو أمره أن يتقد ألفاً فتقد مائة وأبرأه من الباقي أو وهبه له لم يرجع إلا بمائة درهم، فدل أنه إنما يرجع بما يؤدي لا بما يملك، وقد أدى الزيوف والغلة فرجع بما أدى، كما لو أدى أقل منه في الوزن.

وليس كذلك الكفالة، لأنه إنما يرجع بما يملك، لا يؤدي بدليل أنه يصير المال مضموناً عليه في ذمته بملك عليه بدله وبدليل أنه لو وهب له تسعمائة وقص مائة رجع عليه بما ضمن وهو الألف، فدل أنه يرجع بما يملك وقد ملك الألف بما ضمن، فوجب أن يرجع بملك، كما لو أدى أقل من الوزن.

٦٨٠- إذا أبرأ الطالب الكفيل من المال فأبى أن يقبل فهو بريء.

(١) انظر السر المختار (٣٣٩/٥).

ولو أبرأ الذي عليه الأصل فأبى أن يقل كان المال عليه^(١).

ولو وهب المال من الكفيل أو الأصيل فأبى القول لم تحز الهبة.

والفرق أن لفظ الإبراء ليس بموضوع للتمليك، بدليل أنه لو صادف عبثاً لا يبعد التمليك، وهو أن يقول: أبرأتك من هذه العين، لم يملكه، وإنما هو عبارة عن إسقاط الحق، وفي الإبراء عن الحق بعد الوجوب معنى التمليك، وفي إسقاط الصمان في الأصل فسخ الكفالة إسقاط دون التمليك، فإذا قال للكفيل: أبرأتك، حمل على فسخ الكفالة من الأصل حتى تنحصر إسقاطاً وله فسخ الكفالة فصار كأنه قال: فسخت الكفالة من الأصل، وإذا حمل على فسخ الكفالة صار صريح إسقاط الحق، وإسقاط الحق لا يرتد بالرد، كما لو طلق امرأته واعتق عبده، ولهذا قلنا: إنه لو أخذ عن الكفيل فرد الأصيل بقي حالاً لأنه لا يمكن أن يجعل إسقاطاً من الأصل فارتد بالرد.

وليس كذلك الأصيل، لأنه لا يمكن أن يجعل في حقه قوله: أبرأتك على فسخ العقد الذي وجوبه وإسقاطه من الأصل، لأنه يصير بيعاً بلا ثمن، والبيع بغير الثمن باطل، وإذا لم يمكن أن يجعل إسقاطاً من الأصل جعلناه إسقاطاً بعد الوجوب فيكون فيه معنى التمليك، والتمليك يرتد بالرد كالبيع.

وأما الهبة فهي لفظ تمليك، بدليل أنه لو صادف عبثاً تفيد الملك، والتمليك مما يرتد بالرد.

٦٨١- إذا وهب الطالب المال للكفيل فقبله رجع به الكفيل على الذي عليه الأصل، وكذلك المختار عليه^(٢). ولو أبرأه لم يرجع به عليه.

والفرق أن الهبة عقد تمليك، بدليل أنه لو صادف عبثاً لملك أفاد الملك، فقد ملكه ما في ذمته بالهبة، فصار كما لو ملكه بالأداء، ولو ملكه بالأداء لرجع على صاحب الأصل، كذلك هذا.

وليس كذلك الإبراء، لأنه ليس بتمليك، وإنما هو إسقاط للحق، بدليل أنه لو صادف عبثاً لا يفيد الملك، فصار فسخاً للكفالة، وإسقاطاً لها فكأنها لم تكن، ولو لم تكن لم يرجع عليه بشيء، كذلك هذا.

٦٨٢- إذا شهد شاهد بأنه باعه بثلثي حال، وشهد شاهد بأنه باعه بثلثي مؤجل.

(١) انظر المسبوط للسرخسي (٩٢/٢٠) والبدائع (١٣/٦).

(٢) انظر البدائع (١١/٦)، والسرخسي (٩٣/٢٠).

بم تقلل شهادتهما.

ولو شهد شاهد بأنه كمل بألف حالة، وشهد الآخر بأنه كمل له بألف مؤجلة، جارت شهادتهما .

والفرق أن الأجل إذا شرط في البيع صار صفة للتمن، بدليل أنه لو قالت: بعت بألف درهم، فقال: قلت بألف مؤجل لم يجوز، فقد شهد أحدهما بعقد غير ما شهد به الآخر، فلم يجوز .

وليس كذلك الكفالة، لأن الأجل شرط ملحق بالعقد، فإذا اتفقا على العقد، واحتلما في شرطه يلحق به، فسم يشت الشرط وبقي العقد.

٦٨٣- وإذا كمل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه، ولو أقر أنه كمل في الصحة لزمه من جميع المال، إذ لم يكن لو ارث أو عن وارث^(١).

ولو أقر بالهبة أو العتق في حال المرض وأضافه إلى حال الصحة كان من الثلث. والفرق أن في الكفالة معنى التبرع، لأنه يقرض الشيء من ذمته ليرجع عليه في الثاني، فصار كإقراض العين، وفيها معنى المعاوضة، بدليل أنه يرجع بما يؤدي، فقد أخذ شيئاً من الأصل: شيئاً بالمعاوضة من وجه، وشه اتبرع من وجه، فلهشها بالتبرع قلنا: إذا كمل في حال المرض كان محتسباً من الثلث، ولهشها بالمعاوضة قلنا: إذا قال: كملت في حال الصحة صدق ولزمه من جميع المال فيكون فيه توفير حظه من الشبهين.

وأما العتق والهبة فتمحض تبرعاً، فإذا وهب في الحال اعتر من الثلث، وإذا أقر أنه وهب في الصحة فقد فعل بما ليس له أن يتدنه ويفعله، وليس له أن يقره، فلا يصدق على التقديم، فحعل كالموجب في الحال، فاعتر من الثلث.

٦٨٤- لا يحبس الوالدان في ديون الولد. ويحبسان في نفقة الولد.

والفرق أن في توجيه الحبس عليه إيجاب عقوبة على الأب، لأجل مال ابنه، وهذا لا يجوز، كما لو سرق ماله لا يقطع، وكما لو قتل عبده لا يقتل . وأما في النفقة فلو لم يجبسه لأدى إلى الإصرار بالصبي إلى أن يموت جوعاً، فعي حسبه توجيه عقوبة على يديه، لأجل روح الصبي، وهذا جائز، كما لو قتل الأب ابنه، فإنه يعزر ويؤدب، كذلك هذا.

(١) انظر المسوط للسرخسي (١٢٧/٢٠).

كتاب الصلح

٦٨٥- إذا تهايا في غلة الدارين فصلت في يد أحدهما ريده غلة لم يشري صاحبه فيها.

وفي النار الواحدة إذا فصلت الغلة في يد أحدهما زيادة على مال أخيه شريكه شاركه صاحبه فيها.

والفرق بينهما أن التهايو في اندار الواحدة يقع تمييزاً وقسمة واستيفاء لحقه ولا يكون ماقلة، بدليل أنه لو استحق نصيب أحدهما لا يرجع على شريكه في نصيبه بشيء. وإذا كان كذلك فقد أوجب بعقده أن يستوفي هو من بدل المنافع مثل ما يستوفي صاحبه، فوجب المضي على عقده، فإذا استوفى أحدهما أكثر مما استوفاه صاحبه رجع به عليه. وليس كذلك في غلة الدارين، لأن المهايأة على غلة الدارين تقع ماقلة ولا تقع استيفاء، بدليل أنها لو تهايا ثم استحق نصيب أحدهما رجع في حصة شريكه بحقه، وكل واحد نقل حقه أعطى إلى ما أخذه، فلم يبق له حق فيه، فسواء أخذ أقل أو أكثر لا سبل له عليه.

٦٨٦- وإن تهايا في الخيمة على عبد أو أمة واشترطا على كل واحد منهما طعام جاريته أجزأه استحساناً.

وإن اشترطا الكسوة لم يجر، إلا أن يبين شيئاً معلوماً أو كانت كسوة مثلها معروفة.

والفرق أن الطعام المشروط على كل واحد مما لا يبقى ولا يسلم إلى صاحبه، فلم يكن فيه معنى التمليك فصار إباحة، والإباحة تقل من الجهالة ما لا يقبله عقده، ألا ترى أنه لو قال: كل من مالي ما شئت فإنه لا يجوز، ولو أن رفقة خلطوا الدراهم ليشترى المأكول جاز، وإن جاز أن يأكل واحد أكثر مما يأكل الآخر فجاز اشتراط الطعام.

وفي الكسوة معنى التمليك، لأنه يبقى بعد مضي مدة المهايأة فصار مشروطاً شليكاً، وتمليك المجهول لا يصح، فإذا بين صار معلوماً فجاز، فإن قيل: إن كان فيه معنى التمليك وجب ألا يجوز، لأن تمليك ثوب موصوف بثوب موصوف لا يجوز، وهذا يجوز إذا كانا معينين. الجواب ما بينا.

٦٨٧- إذا صالح من دم العمد على ما في بطن أمته لم يجر (١).

(١) انظر البسوط (١٤٥/١٤)، والجامع الصغير (ص ٥١٨) والبدائع (٢٦٩/٧).

والعرق أن دم العمد يوجب المال من وجه، بدليل أن أحد الأولياء إذا صالح وعتق ينتقل حق الآخرين إلى المال، ولو كان الولي واحداً وعما عن بعض الدم انتقل الباقي مالا. والقاتل إذا صالح ولي المقتول عن الدم على مال لا يعتبر خروجه من الثلث، فصار يتملك ما في بطن أمته بما له حكم المال فلم يحر، كما لو استأجر دابة على ما في بطن أمته. وليس كذلك الخلع في الخلع، لأن البضع عند خروجه عن ملك الزوج غير متقوم. بدليل أنها لو اختلعت نفسها في مرض موتها على مال اعتبر خروجه من الثلث، كاهبة. فقد شرط الجنين بدلا عن غير مال فجاز، كما لو أوصى له بما في بطن أمته. أو يقول: الدم متقوم في نفسه، بدليل أنه يجوز أن يجلب العوض فيه حكماً، وينتقل إلى المال فجاز أن يعتبر فيه ما يعتبر في عقود المعاوضات، حتى لا يجوز على الجنين، كما لو تزوج امرأة على ما في بطن أمته. وأما الخلع فالبضع عند خروجه عن الملك غير متقوم، بدليل أنه لا ينتقل مالا بنفسه، ولا يجلب البدل حكماً، وبدليل مسألة المريض فأشبه الوصية أو يقول: إن الأحكام المتعلقة بالحمل موقوفة على الولادة بدلالة الميراث والوصية له. والكاح والصالح لا يجوز تعليقهما بالشروط فلم يجز أن يكون البدل منها متعلقاً استحقاقه بالولادة. وليس كذلك الخلع، لأنه يجوز تعليق الشروط والأخطار، لأنه طلاق مجاز أن يكون العوض فيه مما يعف استحقاقه على شرط وهو الولادة محوزناه. ٦٨٨- إذا صالح من دم العمد على حمر أو خنزير أو حر وهو يعرفه كان عفواً ولا دية له عليه (١).

ولو كان الدم خطأ فصالح على هذه الأشياء كانت عليه الدية. والفرق أنه إما رضي بسقوط حقه عن الدم بشرط أن يسلم له هذه الأشياء، فإذا لم يسلم عاد إلى ما يرازه ويأزائه الدم، والدم إذا سقط لا يجوز أن يعود، كما لو عما ثم اتعفا على إبطال العفو لم يعد انقصاص.

وأما في الخطأ فالواجب الدية وهو إما رضي بسقوط حقه عن الدم بشرط أن تسلم له هذه الأشياء، فإذا لم تسلم عاد إلى ما يرازه، لأن المال إذا سقط يجوز أن يعود، كما لو اشترى بدين له عليه شيئاً ثم تقايلا البيع عاد الدين، كذلك هذا.

(١) انظر البدائع (٢٦٩/٧).

٦٨٩- إذا قتل أمة رجلاً خطأ وله وليان فولدت فصالح المولى أحد الوليين على أن يدفع إليه ابن الأمة بحقه من ائدم فهو جائز، وهذا اختيار مه للمصف الباقي، ويجب عليه حصة الأجر على المولى.

ولو صالح على نصف الأمة الجارية لا يكون بذلك مختاراً لإسالك نصف الأمة. [والفرق] أن حق المصالح سقط بالان عن نصفه، وحق الآخر ثبت في نصف الأمة فهو مختار لإسالك نصفها، فصار كما لو قال: اخترت نصفها بنصف الدية. وليس كذلك إذا صالح أحدهما على نصف الأمة، لأنه لم يجز إسالك شيء من الأمة، إذ حق الآخر ثابت في نصف الباقي، وهو لو دفعه إليه كان له، فلم يصير مختاراً، ولا يلزمه نصف الدية.

٦٩٠- إذا صولح من دعواه على عدل زطي لم يره، ثم صالح القابض الآخر فرده على الثاني بقضاء أو بغير قضاء ليس للثاني أن يرده على الأول بخيار الرؤية. ولو رده عليه بخيار العيب فله أن يرده على الأول بالعيب إذا كان الرد بقضاء. والفرق أنه أوجب للثاني الحق من الحمل الذي وجب حقه فيه، وإيجاب حق الغير فيه أكد في البيع من الرد بخيار الرؤية، ولو رده فرضيه لم يكن له الرد، كذلك هذا. وليس كذلك خيار العيب، لأن الأول لم يوجب له الحق في الحمل الذي أوجب حق الثاني فيه، لأن حقه ثبت في الجزء المائت وفي بدله وهو في دمة المشتري فلم يوجب الحق فيها في ذمة النائع، وإذا لم يوجب الحق في الحمل الذي وجب حقه فيه لم يصير مسقطاً لحقه من الرد ببقية حقه، فإذا رد عليه كان له أن يرده كما لو باع شيئاً آخر.

ووجه آخر أنه لما صالحه عليه وسلمه تمت الصفقة الأولى فيه، بدليل جواز مصالحته الثاني ولولا أنه ملكه وتمت الصفقة لما جاز أن يملكه غيره، وتام الصفقة يوجب بطلان خيار الرؤية، كما لو رآه وقضه، أو نقول بالصلح انتقل الملك فيه إلى غيره، وانتقال الملك يوجب بطلان خيار الرؤية ولا يوجب بطلان خيار العيب، كما لو مات مورثه ورثته.

٦٩١- إذا ادعى على رجل ألف درهم فأبكرها، ثم صالحه على أن يباعه بها عبداً فهو جائز، وهذا إقرار بالدين.

ولو قال: صالحتك منها على عدل لا يكون إقراراً بها. والفرق أن البيع يقتضي أن يكون ما يباراته بدلاً مضموناً، فصار قوله: بعثك هذا العبد بما تدعيه، إقراراً بأن ما يدعيه مضمون، فكان إقراراً.

وليس كذلك لمظ الصلح، لأن الصلح لا يقتضي أن يكون بإذاته وهو المصالح عنه بدل مضمون، لأنه لو اقتضى ذلك لوجب أنه إذا صالح من الألف على خمسمائة لا يجوز، لأن الألف لا يكون مضموناً بخمسمائة، وإذا لم يقتض بدلاً مضموناً لم يكن دخوله في الصلح إقراراً بأن ما ياراه يكون مضموناً عليه فلا يلزمه شيء.

٦٩٢- إذا صالح من الدين على عدد وهو مقر به وقبضه لم يكن له أن يبيع العدد مرابحة.

ولو اشتراه بألف جاز له أن يبيعه مرابحة.

وافرق بينهما أن عقد الصلح مباح على المساهلة والخط والإبراء، بدليل أنه لو صالح من الألف على خمسمائة جاز، فلم يعلم كم لاقى العدد من الدين وكم خط، فلا يصل إلى الإخبار عن رأس المال من غير ظن ولا حرر فلا يجوز.

وليس كذلك البيع، لأنه ليس مباح على الخط وإنما هو على الاعتياض فأمكن الإخبار عن رأس ماله من غير ظن ولا حرر، فجاز أن يعقد مرابحة.

٦٩٣- إذا كان لرجلين على رجل مال وفي يده ألف درهم، لأحدهما ألف درهم، وللآخر مائة دينار فصالحاه من ذلك كله على ألف درهم وقصاها لم يجوز.

ولو كانت الألف والمائة دينار لواحد فصاحه على ألف درهم جاز.

والفرق أنه جعل الألف بدلاً عن الألف والمائة دينار، لأنه لم يرص أحدهما بسقوط حقه إلا بسلامة بعض الألف له فكان فيه قسمة الألف درهم على ألف ومائة دينار فكان ربا، لأنه يحص الألف أقل منها فلا يجوز.

وليس كذلك إذا كانا لواحد، لأنه لا يقسم الألف على الدراهم والدينار، بل يجعل الألف مستقاة، والمائة يبرأ منها ويمكن أن تجعل هكنا لصح العقد فجعلناه كذلك.

٦٩٤- إذا طعن المشتري بعيب في جارية اشتراها فصالح المشتري البائع على أن قبل المبيع منه مع العيب وثوباً معها ويرد عليه الثمن فهو جائز، فإن استحق من يد البائع المبيع كان للمشتري أن يأخذ الثوب من البائع.

ولو طعن المشتري بعيب فصالحه البائع على عيب ودفعه إليه، ثم استحق المبيع مؤبداً العيب يسلم للمشتري بحصته من الثمن.

والفرق أن البائع لما صالح على عيب فقد ألحق العيب بعقد قائم فاستحق به، فصار كأنهما موجودان وقت العقد، فاستحق أحدهما، ولو كان كذلك ففي الباقي حصته، كذلك هذا.

وليس كذلك في المسألة الأولى إذا صالح النافع على أن يرد عليه المبيع وثوبًا معه، لأنه لما رد عليه المبيع وثوبًا معه لم يبق بينهما عقد، فلم يصح ملحقًا بعقد قائم فالتحق به فصار إما جعل الثوب بدلًا عما فات من المبيع، فلما استحق تبين أن العائيب لم يكن مملوكًا للمائع من المشتري الثوب على غير حق موجود، فوجب أن يرد .

٦٩٥- إذا ادعى في دار دعوى، فصالحه على خدمة عند سة، فصاحب الخدمة أن يخرج بالعبد من المصر إلى أهله.

ولو استأجر عبدًا لخدمته، لم يجر له أن يخرج به من المصر.

والفرق أن في مقابلة الخدمة بدل مستقر وهو رد العبد المسأجر على المؤجر، فلو جورًا للمستأجر السفر به لجاز أن يلزم المؤجر أضعاف قيمة ما أخذ من الأجرة عني رده، فيؤدي إلى الإضرار به فلذلك لم يجر له السفر به، ولهذا قلنا: إن للمرتهن أن يسافر بالعبد، لأن رده عليه لا عني الراهن، فلا يؤدي جواز السفر به إلى إلزام غرم لم يرص به. وأما العبد المصالح بخدمته فليس في مقابلة الخدمة مال مستقر، فلو ألزمناه مثونة الرد لم يؤدي إلى أن يلزمه أكثر مما أخذ فجاز كما قلنا في الرهن، وكان الشيخ أبو بكر الرازي يقول: مسألة الصلح محمولة على أن المدعي كان متأهبًا للسفر وبخاصم، فصالح على الخدمة، فيصير ذلك دلالة على أن رب العبد رضي بإخراجه، فكأنه شرط ذلك، فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق.

٦٩٦- إذا صالح من الشععة على مال بطلت الشععة ولم يجب المال.

ولو صالح من دم العمد على مال جاز الصلح ووجب المال.

ولو صالح من الكفالة بالنفس على مال لم يجر الصلح ولم يجب المال.

والفرق أن ملك المشتري في الدار بعد الصلح مع الشفيع وقبله سواء، فلم يستفد بالصلح حقًا لم يكن، والصلح من غير حق لا يجوز.

وليس كذلك الدم، لأن ملك القاتل في الدم مخاف لما كان قبله، لأنه كان مباح الدم للمولى، فإذا صالح زالت الإباحة وأسقط حقه عن التصرف في نفسه، فلذلك جاز الصلح. وإذا صح الصلح والدم مما يجوز أن ينتقل إلى المال بنفسه حاز أن يأخذ عنه العوض.

وفي الشععة لا يجوز أن ينتقل مالا، ولا يسقط حقًا يجوز له التصرف فيه، فلا يصح أخذ مال عليه.

وفي الكفالة لا ينتقل مالا ولا يسقط حقًا يجوز له التصرف فيه فلم يجر أحد العوض عليه كالوكالة والمصاربة.

كتاب الإكراه

٦٩٧- إذا أكره فقبل له: لتقتلك أو تشرب هذا الخمر أو تأكلن هذه الستة أو لحم الخنزير فلم يفعل حتى قتل كان آثماً^(١).

ولو أكره على أخذ مال الغير فامتنع منه حتى قتل لا يكون آثماً.
والفرق أن الحظر في الميتة والخمر والخيرير لحق الله تعالى، والحظر يرتفع بالإكراه،
بدليل قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُ عَلَيْهِ﴾ [الأعام: ١١٩] فصار مباحاً، فقد امتنع عن
أكل مباح حتى قتل فأثم.

وليس كذلك مال الغير، لأن الحظر فيه لحق المالك، وحقه يبقى مع الإكراه ففي
الحظر، فصار يمتنع عن المحذور حتى قتل، فكان مأموراً، كما لو امتنع عن الربى أو قتل
إسان.

٦٩٨- ولو أكرهوه على هبة جارية لرجل ودفعها إليه فوهب ودفع وأعتقها
الموهوب له جاز عتقه عدد علمائنا الثلاثة. ولو باعها الموهوب له لم يجر.
والفرق أن هذا عتق صادر عن إكراه، بدليل أنه لو لا الإكراه وإلا لما قدر
الموهوب له على الإعتاق، والإكراه لا يمنع صحة الإعتاق فنفذ.

وليس كذلك البيع، لأنه بيع صادر عن الإكراه فلم يجر، كما لو أكره على البيع،
يوضحه أنه بالإكراه على الهبة يأمره بأن يملكه، والمملك تسيطر على جميع أنواع التصرف.
فكأنه سلطه على البيع مكرهاً فلم يجر، وفي العتق جعل كأنه سلطه على العتق مكرهاً
فأعتق، كذلك هذا.

٦٩٩- لو أكره على أن يبيع عبداً له بألف فباعه بأكثر من ألف جاز البيع بالكل.
ولو أكره على أن يقر بألف فأقر بأكثر منها جاز إقراره بتلك الزيادة ولم يجر
بالألف.

والمرق أن في باب البيع هو غير مكره على تلك الزيادة، فصار راضياً بذلك القدر،
فجاز العقد في ذلك الجزء، وإذا جاز في جزء جاز في الجميع، إذ لو جورنا في بعضه لضررنا
الصفقة عليه، وهذا لا يجوز، والدليل عليه أنه لو باع شيئاً على أنه باختيار ثم أجاز العقد
في نصفه فإنه يجوز في جميعه، كذلك هذا.

وأما في باب الإقرار فهو غير مكره على تلك الزيادة، فجاز إقراره بها، وجواز

(١) انظر المسوط للسرخسي (٤٧/٢٤).

إقراره في بعض ما أقر به لا يمنع بطلانه في الباقي، كما لو أقر لإسان بألف وحسمائة مرد إقراره في خمسمائة وادعى الألف لرمه الألف، كذلك هذا.

٧٠٠- لو أكره على أن يبيع بألف درهم مائة دينار قيمتها ألف درهم لم يجز البيع استحساناً. ولو أكره على أن يقر له بألف درهم فأقر بمائة دينار قيمتها ألف درهم جاز إقراره به.

والفرق أن الدراهم والدنانير في باب البياعات جعلت كالجنس الواحد، بدليل أهمها من الأشياء وقيم المتلفات، والبيع يقتضي شيئاً، فصار الإكراه على أن يبيع بجنس الدراهم إكراهاً على أن يبيع بجنس الدنانير، وصار كأنه أكرهه على البيع مطلقاً فلم يجز البيع، سواء باع بالدراهم أو بالدنانير.

وليس كذلك الإقرار، لأهمها جنسان مختلفان حقيقة وإنما جعلنا كالجنس الواحد في كونهما شيئاً، والإقرار ليس بشيء، فلم يجعلنا كالشيء الواحد فقد عدل عما أكرهه عليه، فصار مختاراً في الدنانير فلزمه.

فإن قيل: لو قال: بعثك هذا العدد بألف، فقال: فلت بمائة دينار قيمتها ألف درهم لم يجر، ولا يجعل كالجنس الواحد، وكذلك لو شهد شاهد بأنه باعه بألف، وشهد آخر بأنه باعه بمائة دينار قيمتها ألف درهم لم تجر شهادتهما، وكذلك لو اشترى بدنانير لم يجر له أن يبيع مرابحة على قيمتها بدراهم، وكذلك لو قال: اشتريت بألف درهم، وقال البائع: بعته بمائة دينار فإنهما يتحالمان، ولو كانا كالشيء الواحد لما ثبتت هذه الأحكام، والجواب ما يراه.

٧٠١- إذا أكره على البيع والتسليم، فباع وسلم، ثم باع المشتري من غيره وسلم، ثم إن المالك أجاز أحد البيعين جاز البيع الثاني، وكذلك إذا تناسخته الساعة ثم أجاز أحد البيوع جاز الكل^(١).

ولو أن رجلاً باع مال عبر بعير أمره، ثم باعه الآخر من آخر، والثالث من رابع، وأجاز صاحبه أحد العقود لم يجز جميع العقود، وإنما يجوز ما أجازاه وكذلك الغاصب إذا باع الشيء المقصوب من آخر، وباعه المشتري من آخر، فأجاز أحد البيعين بطل الآخر. والفرق أن المشتري من المكره عقد على ملك نفسه، بدليل أنه لو أعققه فقد عتقه فيه، إلا أن لغيره وهو البائع حق الفسخ فيه، فإذا أجاره فقد أسقط حق نفسه، فزال المانع

(١) انظر لسان المحكم (ص ٣١٢)

من يوفد العقد سفدت العقود كلها، كما لو اشترى عبداً على أن البائع بالخيار وباعه من غيره وسلم، ثم باعه المشتري الثالث وسلم، ثم أجاز البائع العقد الأول حارت العقود كلها، كذلك هذا.

وليس كذلك انعاصب وبائع مال الغير، لأن كل واحد لم يعقد على ملك نفسه، وإنما عقد على ملك غيره، وهو المعصوب منه، بدليل أنه لو أعتقه لا يبعد عتقه فيه، فقد عقد على ملك غيره عقوداً، فأجازة واحد لا توجب إجازة الآخر، كما لو باع عبده وجارته فأجاز بيع الجارية ولم يجر بيع الغلام، كذلك هذا.

وجه آخر أن المشتري عقد لنفسه، بدليل أن بدله يدخل في ملكه عند إجازته، وإذا لم يقع عقد المشتري للبائع، وإنما له حق المسخ وإذا رضى به وأجاره فقد أسقط حقه فصار كما لو لم يكن، ولو لم يكن لجازت العقود كلها كذلك هذا.

وليس كذلك الغاصب، لأن هذه العقود كلها وقعت لصاحب المال، بدليل أنه إذا أجازته فإنه يدخل بدله في ملكه، فأى واحد تولاه وأجاره جاز وبطل ما سواه، كما لو عقد على شئيين له فأجاز العقد على أحدهما.

٧٠٢- ولو أن المشتري من المكره باعه من آخر حتى تناسخته الأيدي ثم إن المشتري الأخير أعتقه، ثم أجاز البيع لم تجز إجازته، ولصاحبه أن يضمن أيهم شاء^(١). ولو باع عبداً بيعاً فاسداً فباعه المشتري من آخر لم يجر له أن يضمن الثاني. وإن يضمن الأول لا غير.

وجه الفرق أن في البيع العاسد المالك سلط الأول إلى التصرف حتى باعه وسلمه فصار يتصرف بتسليطه وإذنه فيبيعه من الثالث يادبه فلم يكن له أن يضمنه.

وليس كذلك الإكراه، لأن الإكراه يمنع صحة التسليط فلم يكن يبيع من الثاني يادبه وتسليطه فصار الآخر متصرفاً في ملكه بغير أذنه، فكان له أن يضمنه.

٧٠٣- فإذا ضمن أحد الباعة لم تجز البيوع الماضية قبل ذلك، وجازت العقود التي بعدها.

ولو أجاز أحد البيوع جازت العقود التي قبلها وبعدها. والفرق بين الإجازة والتصميم أن التصميم يتمحض تملكاً، وليس فيه معنى إسقاط حق، بدليل أنه يأخذ منه البذل لما نقل الملك فيه إليه فصار هذا تحصيلاً له بالتصميم، فاحتصر

(١) انظر البحر الرائق (٩/٦) وحاشية ابن عابدين (١٣٣/٦)، والسيوط (١٢٣/٢٤).

به، ولم يجوز ما قبله، كما قلنا في العاصب إذا باع ثم أجاز له نحر البيوع المأخوذة إلا أن النبي والثالث نفاذه من جهة الذي أجاز له، فكأنه كان ملكاً له فنقد ما بعده من العقود. وأما الإحارة فيتمحص إسقاط الحق، فإذا أجاز له فقط أسقط حق نفسه، وقد عقد على ملك نفسه عقوداً، وإنما امتنع من نفاذه لعدم رضاه، فإذا رضي جاز الجميع. ٧٠٤- إذا أكره على بيع عبده فباعه ولم يسلم، فأعتقه المشتري لم ينفذ عتقه، ولو قبضه بعد عتقه.

ولو اشترى عبداً بشرط الخيار للسائق وقبضه أو لم يقبضه ثم أعتقه لم ينفذ عتقه. والعرق أنه إذا باع بشرط الخيار لنفسه لثلاث يتملك عليه العبد من غير رضاه، أو لكيلا يفوت ملكه عليه إلا برضاه، فلم يكن مسلطاً للمشتري على التصرف، فإذا أعتقه فهو نعتابه لأزلاً ملكه بغير رضاه، وهذا لا يجوز. وليس كذلك الإكراه، لأنه لم يشترط لنفسه خياراً، وإنما سلطه على التصرف واعتق وإكراهه على التسليم على العتق لا يمنع نفوذه، كما لو أكرهه على نفس الإعتاق لا يمنع نفوذه، فصح التسليم فعتق. أو يقول: المانع من نفوذ عتقه خيار السائق، وخياره بعد قبض باقي باقي المانع فلم يجز.

وليس كذلك في مسألتنا، لأن المانع من نفوذه عدم القبض، فإذا زال المانع فنفذ.

٧٠٥- إذا أكره بوعيد تلف حتى جعل عتق عبده أو طلاق امرأته لم يدخل بها بيد رجل، فطلق أو أعتق ضمن المكره نصف المهر، وقبضة العبد^(١). ولو شهد الشهود بأنه جعل أمر امرأته بيد هذا! أو عتق عبده، ثم أعتق العبد وطلق المرأة، ثم رجعوا، فإنهم لا يفرمون شيئاً.

والعرق أن الإكراه أكد وأبلغ من تعلق الضمان به من الشهادة، بدليل أن في باب الإكراه يجعل المكره كالمباشر فيقتل العقد إليه، ولا يجعل في الشهادة كذلك، ألا ترى أنه يجب المصاحص على المكره بالقتل، ولا يجب المصاحص على الشهود إذا رجعوا، والدليل عليه أن للقاضي ألا يقضي بشهادة الشهود، فم يكونوا ملحقين فلا يتقل الفعل إليهم، بخلاف الإكراه، فإن الفعل ينقل إليه فصار مباشراً بنفسه تفويت ملك غيره مفرمه وفي

(١) انظر البحر (٨٦/٨) وحاشية ابن عابدين (٧٥٤/٣). والميسوط (٨٣/٢٤).

الشاهد تسبب ولم يباشر، فإذا لم يباشر إنلاف ملك غيره لم يجرم .

٧٠٦- لو أكره بوعيد تلف على البيع، ولم يؤمر بالدفع، فباعه ودفعه له بحس عبي
الذي أكرهه شيء^(١).

ولو أكره بوعيد تلف على أن يهبه له، ولم يأمره بدفعه ولم يهبه عن ذلك، فباعه
ودفعه ، فقال له: قد وهبته لك فخذ، فأخذه الموهوب له فهلك عبده، كان الذي أكرهه
صامنا.

والفرق أن مقصوده من البيع يحصل بنفس العقد، لأن مقصوده من البيع التملك
والمالك في البيع يحصل بنفس العقد، فلم يكن الإكراه على العقد إكراهًا على القبض
والسليم، فصار مسلمًا باختياره ، فلم يكن عليه ضمان.

وليس كذلك الهبة، لأن مقصوده حصول الملك له والمالك لا يحصل بنفس العقد،
وإنما يحصل بالقبض على العقد، فصار إكراهه على العقد إكراهًا على التسليم فكان
مكرهًا عليه فله أن يضمه.

٧٠٧- لو أكره رجلين بوعيد تلف حتى تبايعا وتقابضا عبداً، ثم أكره المشتري
بوعيد تلف حتى قتل العبد عمداً بالسيف فلا قصاص على المكره، ولكن البائع يمس
المكره قيمته .

ولو كان أكرههما بالحبس على البيع، وأكره المشتري على القتل عمداً فالبائع قيمة
العبد على المشتري، وللمشتري أن يقتل الذي أكرهه.

والفرق أن الإكراه بالحبس لا يوجب نقل الفعل فلم يوجب هذا الفعل صامنا على
المكره حتى يجب له حق ملك فيه، فلم يصر شبهة في درء القصاص، فحاز أن يقض.
وليس كذلك في المسألة الأخرى ، لأن العقد أوجب الضمان على المكره، لأن
الإكراه بوعيد تلف يوجب نقل الفعل إلى المكره، فقد وجب للمكره حق ملك فيه،
فصار شبهة، والشبهة تدرك القصاص، ولا يلزم الغاصب إذا قتل المعصوب فإنه لا يجب
القصاص في إحدى الروايتين فلا يلزمنا .

(١) انظر المسوط (٩٣/٢٤) والبدائع (١٧٦/٢).

كتاب الحجر

٧٠٨- قال محمد بن الحسن رحمه الله: إذا قل المحجور عليه: هذا أحي أو عمي لم يأخذ القاضي بموله، ولا يوجب نعمته في ماله من غير بينة^(١).

ولو قال: هذا أبي أو هذا أبي صدقه القاضي، وفرض له نعمته في ماله.
والفرق أن نسب الأخ والعم لا يثبت بقوله، فلو أوجبا لهم العقة بإقراره لأوجناها بقوله، وإيجاب الحق في ماله بقوله لا يجوز.

وليس كذلك الولد والوالد، لأنهما إذا تصادقا ثبت السب بقولهما وإذا أوجبا العقة بقولهما لم نوجبا بقوله، ولا بقول الأب، وإنما أوجناها بثبوت النسب، وهذا جائز كما لو ثبت بالبينة.

٧٠٩- إذا بلغت المرأة مُفسدةً فاختلعت من زوجها بمال جاز الخلع، ولم يجب المال، فإذا صارت مُصلحةً لم تؤخذ بذلك^(٢).
والأمة إذا اختلعت نفسها من زوجها بمال لا يجب المال في الحال، فإذا اعتقت أخذت بذلك.

والفرق أن الأمة محجور عليها لحق الغير، وإسا امتنع نكاحه لحق المولى، فإذا اعتقت حلص الحق لها، ورأى المانع يلزمها المال، كما لو أقرت بدين.
وليس كذلك المرأة لأنها محجورة لحق نفسها، فلم ينفذ قولها في حق نفسها، فصارت كالصغيرة والمحونة إذا أقرتا بمال واختلعا أنفسهما من الزوج بمال ثم بلغ الصبي وبرئ المحنون لا يلزمهما المال، كذلك هذا.

٧١٠- إذا أمر المصلح مفسداً ببيع عده، فباع وقبض الثمن جاز بيعه وقبضه.
ولو أمره بالبيع وهو مصلح، ثم فسد، ثم قبض الثمن لم يحز قبضه.
والفرق أنه إذا أمره وهو مصلح فقد أمره بعقد يتعلق حقوقه به، وبقبض يتعلق عهده به، فإذا قبض بعد الحجر فقد قبض نصفاً لم يتعلق العهدة به، فم يمكن قبضه بأمره، فلا يجوز.

وليس كذلك إذا أمره بالبيع بعد الحجر، لأنه أمره بعقد لا يتعلق حقوقه به ونقص لا يتعلق عهده به، وقد قبض بتلك الصفة، فصار قبضه واقعاً بأمره فأجزأه.

(١) انظر تحفة الفقهاء (٢/٢٥٨) والبدائع (٤/٥٢).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين (٣/٤٥٨) والسيوطي (٢٤/١٧٤).

٧١١- إذا باع المحجور ماله بثمن مثله، فرفع إلى القاضي إجراء وهي المشتري عن دفع الثمن إليه، فإن دفع له لم يبرأ، ويجب عليه أن يدفع هنا آخر إلى القاضي ولو وكل وكيلًا بالبيع وهما عن قبض الثمن، فقصه فإنه يصح قصه. ولا يجد المشتري على دفع الثمن مرة أخرى.

والفرق أن المحجور هو العاقد وحقوق العقد متعلقة به، وقص الثمن من حقوق العقد، فإذا نهاه القاضي فقد أبطل حقه عن التصرف لمصادره، وله أن يبطل حقوقه لمصادره، كما يبيعه من البيع والشراء.

وليس كذلك الموكل، وذلك لأن العاقد هو، وحقوق العقد متعلقة به، وقص الثمن من حقوقه، فوجب له قبضه، فصار الموكل بالنهاي يبطل حقه، وليس إليه إبطال حق الموكل، كما لو نهاه عن دفع الثمن، فلا يبطل حقه ويصح قصه بعد ذلك، كذلك هذا.

كتاب المضاربة

٧١٢- إذا دفع إليه ألف درهم مضاربة على مثل ما شرط فلان لفلان من الربح، فإن كانا علما جميعًا ما شرط فلان لفلان من الربح في مضاربه التي دفعها إليه فهذه المضاربة جائزة بمثل ذلك الشرط، وإن لم يعلماه أو علم أحدهما فالمضاربة فاسدة. ولو باع من إنسان شيئًا بمثل ما باعه فلان، والمشتري يعلم بما باعه والبائع لا يعلم جاز.

والفرق بينهما أن الحاجة في صحة عقد البيع إلى معرفة المستوجب ببدل، ليدري بماذا يطالبه، ألا ترى أنه لو اشترى عبدًا آبقًا عن صاحبه، وهو في يده جاز، لكونه قادرًا على قبضه، وإن لم يكن البائع قادرًا على تسليمه والمستوجب هو المشتري فإذا علمه فقد وجد معرفة من احتيج إلى معرفته في صحة العقد فحاز. وفي المضاربة كل واحد مستوجب الربح، رب المال برأس المال، والمضارب بالعمل، فاحتيج إلى معرفتهما جميعًا، فإذا لم يعلماه لم يحز.

٧١٣- إذا دفع المريض مالاً مضاربة إلى إنسان مضاربة فاسدة فعمل وجب له أجر المثل، والربح كله لرب المال، وبخاصم المضارب سائر الغرماء. ولو اشترى المريض شيئًا فوجب عليه الثمن كان المشتري أحق بالثمن ولا يضاربه سائر الغرماء.

والفرق أن حق الغرماء لا يشت في المنافع، فصار وجوبه ببدل لم يشت حقهم فيه،

لم يكن ناقلاً حقهم، فصار مؤثراً بعض الغرماء على بعض، فلم يحرق، وكان لهم أن يشاركوه.

وليس كذلك الثمن، لأنه بائشراء نقل حقهم بصفين إلى عين ثبت حقهم فيه، وإن حق النقل فمقطع حقهم عن الثمن فكان أولى به.

٧١٤- إذا اشترى المضارب بألف المضاربة عبداً فحسب عبده جناية خطأ لم يكن للمضارب أن يدفعه (١).

ولو اشترى العبد المأدون عبداً، فجنى خطأ فله أن يدفعه.

والفرق أن المضارب يتصرف بالأمر، بدليل أنه إذا خص بنوع اختص به، ولا يكون له أن يتعدى إلى ذلك النوع، فدل أنه يتصرف بالأمر لا بفك الحجر، وقد أمر بالتجارة ولم يؤمر بغيرها، والدفع بالجناية ليس من التجارة، فلم يحز له فعله.

وليس كذلك المأدون، لأنه يتصرف بفك الحجر، بدليل أنه إذا أذن له في نوع كان إذناً في جميع الأنواع، فصار يتصرف بفك الحجر في جميع أنواع الكسب، وهذا من التكسب فجاز كالحرق.

٧١٥- إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالصف على أن للمضارب - ما عمل في المال - أجر عشرة دراهم كل شهر، فعمل على هذا الشرط، فربح فالربح على ما اشترط، ولا أجر له.

ولو دفع أرضاً مزارعة على أن للعامل نصف المحارح، وأجر مائة درهم فعمل على هذا فله أجر المثل.

والفرق أن في المزارعة شرط الأجر بإزاء العمل، وشرط بإزاء العمل أيضاً بعض المحارح، وذلك يكون مراعاة، والأول إحارة، فقد أدخل عقد الإحارة في المزارعة فكان فاسداً، فاستحق أجر المثل.

وأما المضاربة فإما اشترط له الأجر بإزائه لتسليم النفس في المدة، والربح مشروط بإزاء العمل، وهما عقدان مختلفان، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر، فقيت المضاربة صحيحة، فكان الربح بينهما على الشرط.

ووجه آخر أن المضاربة أجريت بحري الشركة، والشرط الفاسد إذا لحق بعقد الشركة بطل الشرط، وجاز العقد، كما لو شرط أن يكون الربح بينهما، والوصية على

(١) انظر الهداية (٢١٣/٣) والبدائع (١٢٠/٦).

أحدهما فإن شرط الوصية فاسد ، كذلك هذا.

وليس كذلك المزاعة، لأنها أجريت بحرى الإجارات، واشترط الفاسد إذا لحق بفقد الإحارة أمسه، كذلك هذا.

٧١٦- إذا قال رب المال للمضارب: استدن علي، كان ما استدنه وما اشترى بالدين بينهما على المضاربة.

ولو قال: استدن على نفسك. كان ما اشتراه المضارب بالدين له خاصة، دون رب المال

والمرق بينهما أنه إذا قال : استدن على ، فقد أمره بأن يشتري بدين على رب المال، ووجوب الدين عليه لا يمنع من وقوع الشراء على حكم المضاربة، بدليل أنه لو دفع إليه مالا مضاربة فاشترى به شيئاً، ثم تلف المال وجب ضمانه على رب المال، ويكون الشراء واقعاً على المضاربة، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: استدن على نفسك، لأنه أمره أن يستدين عليه ووجوب الدين على المضارب يمنع من وقوع الشراء، على حكم المضاربة، والدليل عليه أنه لو خالف في المال حتى وجب الضمان عليه، ثم اشترى شيئاً فإن الشراء يقع له، لا للمضاربة، كذلك هذا .

٧١٧- وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها عبدًا يساري ألمي درهم فحى العبد جنانية، قال في الزيادات : الفداء عليهما أرباع؛ ربع على المضارب وثلاثة أرباع على رب المال، وبطلت المضاربة، والفداء يجب عليهما. وأما النفقة فلإنها تجب على رب المال خاصة.

والمرق يسهما، على ظاهر الرواية في الزيادات: لأننا لو أوجبا النفقة على المضارب لأدى إلى أن يحصل للمضارب الربح قبل حصول رأس المال لرب المال، ويجوز أن نقص قيمته فيفوت الربح والنفقة لإتلاف ربع العين، فلا يملكه بإزاء النفقة فيبقى الملك لرب المال، فتجب النفقة عليه.

وليس كذلك الفداء، لأن الفداء يقابل العين، فلو ملكناه الربح وأوجبا عليه ربع الفداء، لم يؤد إلى أن يحصل له ربح قبل حصول رأس المال لرب المال، لأن الربح هو أن يحصل له شيء من المال من غير ضمان يقابله، وهنا يملكه بضمن يقابله.

ووجه آخر أن وجوب النفقة بمعنى يضم إلى رأس المال، فوجب على رب المال، كالثمن لو اشترى بألف المضاربة عبداً ثم تلف الألف فإنه يرجع على رب المال بألف ،

كذلك هذا.

وأما الفداء فوجوبه بمعنى لا يصب إلى رأس المال، فلا يجب على رب المال.

كذلك هذا.

٧١٨- فإن فدى العبد بألف خرج العبد كله عن المضاربة، وربعه ملك المصارب

وثلاثة أرباعه ملك رب المال.

ولو كان رأس المال ألف درهم فربح فصار ألفين، فاشتري عداً بألفين فتلف الثمن في يده، فإن رب المال يفرم ألفاً وخمسمائة، ويفرم المضارب خمسمائة، ويدعها إلى البائع، وأخذ العبد، فيكون ربع العبد للمضارب خاصة، ويبقى ثلاثة أرباعه على المضاربة

والفرق أن الفداء ليس من موجب عقد المضاربة، بدليل أنه لو حتى العبد حياته، وفي يد المضارب مقدار ما يفدي لم يكن له أن يفدي، ولو فدى كان منطوعاً فقد وقع التمييز بما ليس من موجب المضاربة، فانفسخت المضاربة كما لو اقتسما المال. وليس كذلك الثمن، لأن أداء الثمن من موجب العقد، لأنه لو اشترى شيئاً وفي يده من المال مقدار الثمن فإن له أن يؤدي الثمن من غير إذن رب المال، فقد وقع التمييز بما هو من موجب العقد، فلم يربح العقد، فنقبت المضاربة في ثلاثة أرباع العبد، وربع بدل ما نقد من ماله خاصة، فسلم له، كما لو اشترى شيئاً.

كتاب الشرب

٧١٩- إذا كان هر بين قوم لهم عليه أرضون، لا يعرفون كيف كان أصله بينهم، فاختلفوا فيه، واحتصموا في الشرب فإن الشرب بينهم على قدر أراضيهم^(١).

ولو كانت ساحة بين قوم عليها ممرهم، احتلفوا فيها فإنها تقسم على عدد الرعوس، دون عدد دورهم.

والفرق أن تصرف صاحب الأرض الكثير في الشرب أكثر من تصرف صاحب الأرض القليل، لأنه يحتاج إلى إجراء الماء أكثر مما يحتاج إليه الآخر، فصار لكل واحد يد في الشرب بأرضه، وأراضي كل قوم مختلف، فحققت يده في الشرب بقدرها، فكان أولى بذلك القدر.

(١) انظر النهاية (١٠٦/٤) والبحر (٢٤٤/٨) وفتاوى السعدي (٥٠٢/١) واليسوط (١٢٢/٢٣).
(١٧٩) ولسان الحكام (ص ٤٠٣).

ولس كذلك الطريق، لأن صاحب الدار الصغرة يحتاج إلى الاستطراف نحو ما يحتاج إليه صاحب الكبيرة، فقد استويا في التصرف، وهو سبب الاستحقاق، وإذا استويا في سبب الاستحقاق استويا في المستحق، كدار في يد رجلين تارعا فيها قسمت سهما بصفين، كذلك هذا.

٧٢٠- نهر بين قوم وبعضهم عائب، فاصطلحوا على أن يقيموا لكل رجل شربة مسمى، فقدم الغائب عليه أن يطل القسمة، فإن كانوا أوفروه حقه وجاروه وأأنوه لم يكن به يقضه^(١).

بحلاف الدار بين قوم وبعضهم عائب، فمبروا نصيب العائب، ثم رجع منه أن يقض القسمة.

والفرق أما لو نقصا القسمة في الشرب لأعدنا مثلها، لأنه يقع له في الثاني مثل ما وقع له في الأول، وهو يوم من كذا يوم، فلم يكن فائدة في القسمة فترك. وأما في الدار فمن حيث يفسح القسمة لم يعد مثلها، لجواز أن يقع قسمه جانبا آخر فجاز أن يعاد القسمة.

٧٢١- إذا باع شربة بأمة وقبضها، فوطئها رجل بشبهة، فأخذ العقر أو قطع يدها فأخذ الأرض، ثم ماتت الجارية عنده ضمن قيمتها، والمهر والأرض له. ولو ولدت ولدا وماتت الأم ضمن قيمة الأم ولا يكون الولد له.

والفرق أن الأرض بدل جرة مباح، وكذلك العقر والتضمين يوجبان نقل الملك فيها إليه، والأجزاء لا تفصل عن الأم في نقل الملك لاستحالة أن يكون الأصل لواحد واليد لآخر فملكها بجميع أجزائها، فكان بدلا له.

وليس كذلك الولد، لأن التضمين يوجب نقل الملك فيها، والولد يفصل عن الأم في نقل الملك، ألا ترى أن المغرور يستحق رقيقا، والولد يكون حرا فانتقال الملك في الأم لا يوجب في الولد الملك، فلم يملك الولد، فبقي على ملك صاحبه فسلم إليه.

٧٢٢- نهر بين قوم لهم عليه أرضون لكل واحد منهم أرض معلومة، فأراد بعضهم أن يسوق شربه إلى آخر لم يكن له في ذلك النهر شرب فيما مضى، فليس له ذلك^(٢). ولو كان طريق بين رجلين، اشترى أحدهما بحسب داره دارا أخرى فأراد أن يعتق

(١) انظر المسوط (١٧٧/٢٣).

(٢) انظر المسوط (١٧٩/٢٣).

بأنها في هذا الطريق كان له ذلك إن كان ساكن الدارين واحداً.
والمرق أن في الشرب يستوجب لنفسه حقاً رائداً ، بدليل أنه عند الاختلاف يقسم
الشرب على قدر الأراضي ، فإذا أراد أن يسوقه إلى أرض أخرى ليستوجب به حقاً رائداً
لم يكن له ذلك.

وليس كذلك الطريق، لأنه لا يستوجب لنفسه حقاً رائداً، لأن الطريق عند
الاختلاف تقسم على عدد الرؤوس، فإذا كان ساكن الدار واحداً فلم يستوجب به حقاً
رائداً فكان له أن يفعل ذلك، وإن كان ساكن الدارين مختلفاً فهو يستوجب رائداً لا يقسم
على عدد الرؤوس، فلا يكون له ذلك والله أعلم بالصواب.

كتاب الأشربة

٧٢٣- لا بأس ببيع العصير ممن يتخذه خمرًا^(١).

وكره بيع السلاح في أيام الفتنة^(٢).

والمرق أن تحريم الخمر لأجل المرارة والشدة، ولا فعل له فيها ، وإنما يجرى الله
تعالى فيه، فلم يكن نفس البيع إغانة على محذور فجاز.

وليس كذلك السلاح، لأن الكراهة لأجل استعماله من فعل المشتري، فصار
بتمليك السلاح معيّنًا له على استعمال المحذور، والإغانة على المحذور محذور مكره .

والمرق أن السلاح لو كان ملكاً له يحال بينه وبينه في أيام الفتنة، وتزال يده، فلأن
يحال بينه وبينه إذا لم يكن ملكاً له أولى .

وليس كذلك الخمر، لأن العصير لو كان في يد من يتخذه خمرًا لا يحال بينه وبينه،
لأنه لو منعاه لم يقدر أحد أن يتخذه خلاً، لأنه لا يصير خلا ما لم يصير خمرًا، فإذا ملكه
لأجل ذلك التصرف لم يكره له ذلك، كما لو لم يعلم أنه يتخذ خمرًا.

٧٢٤- إذا خاف على نفسه من الجوع، ومع رفيقه طعام ، فأبى أن يعطيه لا يحل
له قتاله بالسلاح، ويقاتله بغير السلاح^(٣).

وإذا كان في الشر ماء، وهو محتاج إليه يخاف على نفسه، فمنعه صاحب الشر عن
الشر جاز له أن يقاتله بالسلاح.

(١) انظر البحر (٨٧/٥)، (٢٣٠/٨) وفناوى السعدي (٤٩٠/١) والمبسوط (٢٦/٢٤).

(٢) انظر الهداية (١٣٩/٢، ١٧٢) والبحر (٨٦/٥، ١٥٤) وشرح فتح القدير (١٠٧/٦)، والبدائع (٢٤٢/٧).

(٣) انظر أصول السرعسي (١٢١/١).

والفرق أن الطعام ملئ له، وله أن يدفع عن ملكه ويقاتل، ولو قتل كان شهيداً، بدليل ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من قتل دون ماله فهو شهيد»، وإذا كان هو شهيداً كان ذاك طاملاً له، فكره له أن يقاتله بالسلاح، وقد اضطر في إحياء نفسه إلى ماله، فكان له أن يقاتله بغير السلاح.

وأما الماء فليس بملوك له، فإذا منعه كان منعاً في المص، فكان له أن يقاتله بالسلاح، لأن هذا حقه، فإذا مع عن حقه كان له أن يقاتله بالسلاح، كما لو قاتله على مال.

كتاب الرهن

٧٢٥- الرهن بضمان الدرك لا يصح، ولا يئلف على الضمان^(١).

ولو رهن منه شيئاً بعشرة يقرضه في ثاني الحال فتلف تلف على الضمان. ولو كفّل بضمان الدرك جاز.

والفرق أن ضمان الدرك غير حاصل في الحال، لجواز أن يلحقه درك أو لا يلحقه، فقد رهنه بغير مال مضمون، فلم يكن مضموناً كالرهن بالوديعة والعارية.

وأما ما يقرضه في ثاني الحال فهو مضمون، لأنه شرط أن يكون بإزارته عشرة داره فهو مقبوض على ضمان العشرة، فصار مضموناً كالمقبوض على السوم.

وأما الكفالة بالدرك فهو ضمان بما يستحق، والكفالة بضمان غير حاصل في الحال جائز، كما لو قال: ما بايعت فلاناً فأنا له ضامن فإنه يجوز، كذلك هذا.

٧٢٦- لو رهن دابتين فقتلت أحدهما الأخرى ذهب من الدين بحساب المقتولة.

ولو رهن هبدين فقتل أحدهما الآخر انتقل ما في المقتول إلى القتيل، ولا يسقط شيء من الدين.

والفرق أن فعل الدابة هدر، بدليل ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «العجماء جبار»^(٢)، فصار كأنه قال: مات حنف أفه، ولو مات سقطت حصته، كذلك هذا.

وليس كذلك العبدان، لأن فعل العبد لا يكون هدرًا، بدليل أنه لو قتل عبداً أحبباً تعلقت جنايته برقبته، فلم يكن هدرًا، فقام مقام المقتول، وانتقل ما فيه إليه، كما لو قتله

(١) انظر بدائع الصنائع (١٤٤/٦).

(٢) رواه البخاري (٥٤٥/٢)، (٢٥٣٣/٦). وانظر الدرية في تحرير الهداية (٢٨٣/٢) ونصب الراية

(٣٨٧، ٣٨٠/٢) ومختصر الطحاوي (١٥١/٥، ١٩٤) والآثار لشيخاني (ص ٨٨) ونجدة

المقهاء (٣٣٠/١) والميسوط للشيخاني (٥٥٩/٤) واللمعة له (٤٣٩/١) والهداية (٢٠١/٤).

عبد أجنبي.

٧٢٧- إذا رهن أرضًا مزروعة وشجرة مثمرة دخل الزرع والثمر في الرهن^(١). وبيع
باع أرضًا مزروعة وشجرة مثمرة لم يدخل الزرع والثمرة في البيع إلا بالشرط .
والفرق أنا لو لم ندخل الثمرة والزرع في العقد لأبطالنا العقد، لأن له اتصالا بعين
الرهن، واتصال غير الرهن بعين الرهن يمنع صحة الرهن للإشاعة، فمن حيث لا يدخل
فيه نبطله فندخله .

وفي البيع لو لم يدخل في العقد لم يبطله، لأن البيع متصل بعين المبيع، وذلك لا
يمنع صحة البيع، لأن الإشاعة لا تؤثر فيه.

٧٢٨- إذا اشترى شيئاً له حمل ومثونة فالتقيا في غير البلد الذي تبايعا فيه يكلف
البائع إحضار المبيع أولاً، ثم نكلف المشتري إحضار الثمن.

ولو رهن شيئاً لرجل له حمل ومثونة ، فالتقيا في غير البلد الذي رهنه فيه، فطلب
دينه فقال: احضر الرهن وخذ دينك، فليس على المرتهن أن يحضر الرهن، وله أن يأخذ
الدين من الراهن بعد أن يحلف بالله ما نوى رهنك.

والفرق أنه لو لم يجبره على إحضار المبيع لأدى إلى أن يسقط عنه ضمان التسليم
مع بقاء العقد، وهذا لا يجوز، كما لو باع المبيع قبل القبض لم يجز.

وأما في الرهن فلو جعلناه راضياً بحفضه في تلك البلدة ولم يجبره على إحضارها لأدى
إلى أن يسقط عنه ضمان التسليم مع بقاء العقد، وهذا جائز، كما لو باعه منه أو رهنه قبل
القبض، ولأن في البيع ملك المبيع بإزاء الثمن، فملك قابل ملكاً، وتسلم قابل تسليمًا،
وإحضار قابل إحضارًا، فما لم يحضر أحدهما المبيع لا يجبر الآخر على إحضار الثمن.

٧٢٩- ولو رهن عبد إنسان رهناً وجعله مسلطاً على بيعه عند حلول الدين فلما
حل الأجل لم يجد من يشتريه بالنقد إلا بوكس فباعه بالسيئة جاز، فإن قال الراهن:
أحضر الثمن حتى أعطيك دينك لم يكن له ذلك، ويقال: أد الدين إلى المرتهن فإذا حل
الأجل أخذ الثمن حينئذ ودفعه إليك.

ولو قتل العبد، فقضى بقيمته على عاقلة القاتل في ثلاث سنين، فأراد المرتهن أخذ
دينه من الراهن لم يكن له ذلك حتى يحضر القيمة إلى الراهن.

والفرق أن القيمة تخلف العين، بدليل أنه لو رهن عبداً قيمته ألف بألف،

فصار يساوي حمسمائة، فقتله إنسان فضمن قيمته، ثم تلفت تلك القيمة، يسقط جميع الدين، فصارت القيمة كالعين، ولو كان العين باقياً يكلف إحضاره، كذلك هذا. وليس كذلك الثمن، لأنه لا يخلف العين، بدليل أنه لو رهن عبداً قيمته ألف، وسلطه على بيعه، فباعه بـحمسمائة، ثم تلفت الحمسمائة لم يسقط جميع الدين، فمكّن الدين ملائياً للثمن، فلا يكلف إحضاره، لأنه لا يقوم معامه.

٧٣٠- إذا رهن جارية بألف وهي تساوي ألفاً فولدت وبناً يساوي ألفاً، فإrade الراهن عبداً يساوي ألفاً، فماتت الأم بقي الولد بمائتين وخمسين درهماً، والعبد الزيادة بـحمسمائة.

ولو ماتت الأم أولاً ثم زاده العبد فإن الولد يكون بمائتين وخمسين، والعبد الراءد بمائتين وخمسين.

وافرق أن الأم إذا ماتت صار للولد حصة من الضمان موقوفة على الفكاك، لأنه وجد ما يوجب انقاسخ الضمان، لأننا لو لم نجعل له حصة لوجب أن يأخذ الراهن الولد مجاًئاً، ويسقط جميع الدين بموت الأم، فدل أن الأم ذهبت بالحصة، وبقيت للولد حصة فإذا ألحقت الزيادة التحق بما في الولد من الضمان.

وليس كذلك إذا كانت الأم حية، لأنه لا حصة للولد من الضمان، لأنه لم يوجد ما يوجب انقاسخ الضمان، فلم يصّر للولد حصة، فصارت الزيادة لاحقة بأصل الرهن وهي الجارية، فصار نصف الدين في الجارية ونصفه في الزيادة، فإذا ولدت انقسم ما فيها من الضمان فيها وفي ولدها، فصار في الولد ربع الدين وفي الأم ربعه.

وروجه آخر وهو أنه ألحق الزيادة بالعقد، والعقد باق، لأن المعقود عليه وهو الأم باقية فالتحقت الزيادة بالعقد فلحققتها فانقسم ما فيها من الضمان نصفين نصف في الزيادة ونصف فيها، فلما ولدت انقسم ما فيها من الضمان فيها وفي ولدها.

وأما إذا زاده من الضمان نصفين نصف في الزيادة ونصف فيها، فلما ولدت انقسم ما فيها من الضمان فيها وفي ولدها.

وأما إذا راد بعد موت الأم فالزيادة غير ملحقة بالعقد، لأن المعقود عليه قد مات وهي الأم، وإنما بقي نصف الضمان في الولد فقد ألحق الزيادة بالضمان، فلحق من له الضمان، إذ المرتهن صار مستوفياً لحصة الأم بالموت، فلا يصح إلحاق الزيادة به، ألا ترى أن الولد لو مات قبل الفكاك بطلت الزيادة، وفي الفصل الأول لو مات الولد لفيت الزيادة رهناً مع الأم.

٧٣١- إذا رهن عبداً بألف وقضاه خمسمائة، ثم زاده جارية ثم تبين الخمسمائة التي قصاه ريوفاً، أو مستحقة كانت الريادة ملحقة بالخمسمائة الباقية، ولو وجدها متوقفة أو رصاصاً فالريادة رهن بالألف كله، فجعل في الزيادات الریوف والمستحقة في الرهن سواء.

ولو اشترى عبداً بألف ونقده الثمن، ثم وجد الثمن مستحقاً أو رصاصاً فله أن يسترد المبيع فيحبسه على الاستيفاء، ولو وجدته زيوفاً لم يكن له أن يحبسه فحصل المستحقة كالستوقفة في باب البيع، وفرق بينه وبين الزيوف، وفي الرهن سوى بينهما. والفرق أن البائع إنما سلم المبيع إليه بشرط أن يسلم له الثمن، لأن سلامة المقضي شرط في سلامة البدل المشتري، فإذا استحق لم يوجد شرط سلامة المبيع له فكان له أن يرجع فيه.

وليس كذلك الرهن، لأنه ليس من شرط صحة الزيادة سلامة المقضي له، لأن إلحاق الزيادة ببعض الضمان جائز، والمقضي له وإن استحق بعد ذلك فحين راد حكمه فإن نصف الدين مقضي، فتكون الزيادة لاحقة بخمسمائة درهم.

٧٣٢- إذا رهن جارية بألف درهم فاعورت وولدت بعد العور فالولد يلحق بالجميع وجعل كأن الولادة كانت متقدمة على العور.

ولو زاد في الرهن بعد العور فالزيادة تلحق بالباقي فتكون الجارية العوراء والزيادة رهناً بخمسمائة.

ولو لم تعور ولكنه قضى نصف الدين ثم زاد أو ولدت فالزيادة والولد يلحقان الباقي من الدين.

والفرق أن صحة الزيادة: بالضمان، بدليل أنه لو هلك جميع الرهن لم تصح الزيادة، ولأنه يحس الريادة بقبض مبتدأ، فوجب أن يكون من شرطها وجوب الضمان كالأصل، وإذا كانت صحتها بالضمان لحقت ما فيه الضمان ونصف الضمان فأت بالعور فحقت الزيادة الباقي.

وليس كذلك الولد لأن وجوب حق الإمساك في الولد بالعقد لا بالضمان بدليل أنه حين يحدث لا يكون مضموناً حتى لو تلف لا يسقط شيء من الضمان، وإذا كان وجوبه بالعقد والعقد باق التحق بالجميع، والدليل على أن العقد باق وإن ذهب نصف الرهن بالاعور أن ما فات بالعور دخل في القضاء، وما دخل في القضاء تم العقد فيه، ولا ينحل العقد عنه، لأن مقصودهما من عقد الرهن استيفاء الحق من عينه، بدليل أنه يختص بهما

يمكن استيلاء الحق منه، وقد حصل الاستيلاء فصار متممًا للعقد فيه فلا يوجب انحلاله، فلحققت الزيادة للجميع.

وليس كذلك إذا قصاه بعض الدين، لأن ما قصاه انحل العقد عنه، لأن قصاء بعض الدين يوجب فسخ العقد عما بإزائه، ولا يوجب تميمه، ألا ترى أنه لو قصى جميع الدين انحل الرهن فلا يثبت الولد ما انحل العقد عنه، وأما الزيادة فصحتها بالضمآن، وما انحل زال الضمان عنه فلم يلحقه، والله أعلم.

كتاب الوصايا

٧٣٣- إذا قال: ثلث مالي لفلان وفلان، وأحدهما ميت فالثالث كله للحي

ولو قال: ثلث مالي بين فلان وفلان. وأحدهما ميت فللحي نصف الثلث^(١).

وأنفرق أن «بين» لفظ اشتراك، بدليل أنه لا يصح إدخاله على الواحد، فإذا قال: بين فلان وفلان، فقد أشرك بينهما في اللفظ، فلا يجب لكل واحد منهما إلا نصفه، فلا يستحق أكثر من النصف.

وفي مسألتنا قوله: نفلان فليس بلفظ اشتراك، بدليل أنه يصح لواحد وهو أن يقول: ثلث مالي لفلان، وسكت عليه فإنه يستحق الجميع، فثبت أنه ليس بلفظ اشتراك، فقد أوجب الجميع للأول والواجب للثاني مزاحمة بينه وبين الأول، ولا يصح وجود المزاحمة من الميت، فلم يوجد بقصائنا في الحامية للأول، فاستحق الجميع.

٧٣٤- إذا أوصى بثلث ماله لفلان وله مال فهلك ذلك المال أو لم يكن له مال ثم

اكتسب مالا فله ثلث ماله بعد موته.

ولو أوصى بثلث غنمه فهلك غنمه قبل موته، أو لم يكن له غنم في الأصل،

فالوصية باطلة، وكذلك العروض كلها.

والفرق أن الوصية قرينة الإرث، بدليل أنها تنجب بما يجب به الإرث وتسقط بما يسقط به الإرث، والله تعالى أوجب الميراث في المال وهو قوله تعالى: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة: ١٨٠] جاء في التفسير مالا فقد أوصى بثلث ماله فقد عقد عقداً له مثال في الشرع، فانصرف إلى ما له مثل في الشرع وما مثل له في الشرع من إيجاب الحق في المال، وهو الميراث يراعي ماله وقت الموت كذلك في الوصية.

(١) انظر البحر (٤٢٦/٨)، والمسبوط (١٥٧/٢٧، ١٥٩)، وبدائع الصنائع (٣٥٠/٧). وأعلام الموقعين (٢٨٩/١).

وليس كذلك في الغنم ، لأن الوصية قرينة الإرث والله تعالى لم يوجب الإرث في نوع خاص ، فإذا أضاف إلى نوع خاص ولم يكن عنده فقد أوجب الحق في معلوم ، ولا نصح الوصية . ولأنه إذا أوصى بالغنم فقد أضاف الوصية إلى جهة خاصة ، فصار المراد به الموجود دون الحادث ، كما لو وكله بقبض دية الذي على فلان اختص بالدين الموجود عليه دون الدين الحادث .

وليس كذلك إذا قال : بثلت مالي ، لأنه أضاف الوصية إلى جهة عامة ، لأن المال اسم لما يتمول فيتناول الموجود والحادث ، كما لو وكل وكيلًا يقض ديونه ورفع علانته يتناول ذلك الإذن الموجود والحادث جميعًا كذلك هذا .

٧٣٥- إذا أوصى فقال : لفلان شاة من مالي ، فليس له غنم فالوصية جائزة ، ويعطي له قيمة شاة ، وكذلك لو قال : له قفيز حطة في مالي أو ثوب من مالي .
ولو قال : له شاة من غنمي أو قفيز من حطتي ، ثم مات ، وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة ^(١) .

والمرق أن الله تعالى أوجب الميراث في المال ، فإذا أوصى له بشاة من ماله فقد عقد على ماله عقدًا له مثال في الشرع فجاز إيجاب القيمة في ماله .

وليس كذلك إذا قال : شاة من غنمي ، لأن الله تعالى لم يوجب الحق فيه نوع خاص ، فإذا أوجب فقد عقد عقدًا ليس له مثال في الشرع ، فكان إيجاب مجهول فلم يجر .

وفرق على بن عيسى العجمي بينهما أنه إذا قال : شاة من مالي ، لا فائدة في ذكر المال فلغًا ، فصار كأنه قال : أوصيت لفلان بشاة ، ولا شاة له فيعطي قيمة شاة ، كما لو قال : أوصيت لفلان بألف درهم من مالي .

وليس كذلك قوله : شاة من غنمي ، لأن في تخصيص أغنامه فائدة ، بدليل أن الورثة لو أرادوا أن يدفعوا من غنم غيرها لم يكن لهم ذلك فلم يبلغ ذكر الغنم ما يختص بها خص فإذا لم يكن له غنم صار ذلك وصية بمعدوم ، فلم يصح ، الدليل عليه إذا قال : وصيت لفلان بالألف التي لي في هذا الصندوق ولم يكن له في الصندوق شيء لم تصح الوصية ، كذلك هذا .

(١) انظر المسألة (٢٣٩/٤) ، والبحر (٤٧٨/٨) ، والمبسوط (١٦١/٢٧) ، والدر المختار (٦٧٤/٦) .
والبدائع (٣٥٥/٧) .

٧٣٦- إذا أوصى فقال: أوصيت بسالم لفلان، ثم قال: أوصيت بسالم لفلان آخر فالعبد بينهما بصفان .

وبو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان. كان رجوعاً عن الوصية الأولى. والفرق أنه لما قال: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان، فقد تعرضي للعبد الأول، لأنه ذكر وصية له، فلو جعلناه اشتراكاً لألغينا ذكر الوصية، ولا يجوز إبقاء النمط مع إمكان إعماله، فجعل بقلا لما أوجب للأول إلى الثاني فكان رجوعاً. وليس كذلك المسألة الثانية، لأنه لم يتعرض للعقد الأول، حيث لم يعد ذلك الوصية له، إما أوجب للثاني مثل ما أوجب للأول، فكان اشتراكاً، كما لو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان، ثم قال: أوصيت بثلثي لفلان آخر، كان اشتراكاً، كذلك هذا. ولأنه لما قال: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان، فقد ذكر العقد والمعقود عليه، ونقله إلى الثاني فلم يبق في المحل الأول لا عقد ولا عبد فلم يستحق شيئاً، كما لو قال: رجعت.

وليس كذلك إذا قال: أوصيت بسالم لفلان، لأنه لم يذكر العقد الأول، وإما ذكر المعقود عليه وصحة العقد الأول بذكر فلان.

ألا ترى أنه لو قال: أوصيت بهذا العبد، لم يصح حتى بين الموصي له، فإذا قال أوصيت به لفلان لم يذكر ما أوجب به الحق لغيره فلم يصح فاسخاً له ولا راجعاً، ففي العقد الأول بحاله فاشتركا فيه.

٧٣٧- إذا قال: العبد الذي أوصيت به لفلان قد أوصيت به لفلان، كان رجوعاً وكذلك لو قال: فقد أوصيت به لفلان.

وإن قال: العبد الذي أوصيت به لفلان وقد أوصيت به لفلان آخر كان العبد بينهما بصعبين .

والفرق أن (قد) حرف يبدأ به في الكلام قال الله تعالى: ﴿ قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ ﴾ [المؤمنون: ١] وقال: ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ ﴾ [المجادلة: ١]، فقد ابتداءً نقل العقد من الأول إلى الثاني فكان رجوعاً، وقوله فقد إبقاء للصلة، ووجود حرف الصلة وعدمه بمنزلة، فكأنه قال: قد أوصيت.

وأما إذا قال: وقد أوصيت. فالواو للعطف، ولا يكون الثاني معطوفاً على الأول إلا بعد بقاء الأول، فلم يكن ذكره للثاني رجوعاً عن الأول، فصار اشتراكاً، فكأنه قال: أوصيت به لهما، ولو قال هكذا كان بينهما، كذلك هذا.

٧٣٨- ولو أوصى عبده لإنسان ثم جمعد الوصية له كان رجوعاً.
وقال في الجامع الكبير: إذا أوصى عبده لإنسان ثم قال: أشهدوا أنني لم أوص بذلك
العبد لعلان. فإنه لا يكون رجوعاً.
والفرق أنه إذا قال: لم أوص فقد نفى وصيته له، وبه نفيها فصار فاسحاً لها، كما
لو وكل وكيلاً ثم جمعد الوكالة صار عازلاً، كذلك هذا فصار الرجوع في ضمنه،
مكأنه قال: رجعت.

وليس كذلك إذا قال: أشهدوا، لأنه لم يحك نفيًا عن نفسه، وإنما أمرهم بالشهادة
على النفي، والأمر بالشهادة على نفي شيء وقد وجد ما كان أمراً يكذب، فلم يعمل،
فاستوى وجوده وعدمه، ولو لم يقل لبقيت الوصية، كذلك هذا.

٧٣٩- وإذا قاسم الوصي الورثة، ودفع إليهم حقوقهم، وأجاز حصة الوصية،
ودفعها فسرقت لم يرجع في مال الميت بشيء في قول عمدة خاصة، والمقاسمة جائزة إذا
كانت أوصايا لله تعالى^(١).

وأما إذا كانت الوصية لأدمي وقسم وأخرج نصيبهم ثم هلك قبل أن يدفع إليهم،
فإنه يرجع في مال الميت، وتبطل قسمته.

والفرق بينهما أن الوصايا إذا كانت لله تعالى فالوصي يتفرد بتنفيذها، فيتفرد
بقسمته، فصحت القسمة، فإذا هلك، هلك من مالهم، وإذا كانت الوصية لأدمي لم يتفرد
الوصي بتنفيذها، فلم يتفرد بقسمته، فلم تصح قسمته عليهم، فصارت القسمة كأنها لم
تكن، ولأن الوصايا إذا كانت لله تعالى، فالحق فيه للميت، وللوصي ولاية عليه فتفد
قسمته عليه.

وإذا كان الوصايا لأدمي فالحق فيه لأدمي، وهو الموصى له، ولا ولاية للوصي
عليه، فلم تفد قسمته عليه، فصارت كأن لم تكن.

٧٤٠- إذا أوصى بخدمة عبده لرجل فقتل العبد، فعلى القاتل قيمته في ثلاث سنين
ويشتري بها عبداً آخر يخدمه.

ولو استأجر عبداً من إنسان فقتل بطلت الإجارة، ولا يشتري بالقيمة عبداً آخر
يخدمه.

والفرق أن ابتداء الوصية بخدمة عبد يشتري جائز، لأنه لو أوصى بأن يشتري عبداً

(١) انظر البحر الرائق (٥١٤/٨، ٥٣٠)، وحاشية ابن عابدين (٧٢٦/٦)

ويخدم فلاناً صح، فلم يطل ما كان ياتفاله إلى القيمة، وبقي العبد يفاء خجعه، كاسع إذا قتل في يد الساع.

وليس كذلك الإجارة، لأن ابتداء عقد الإجارة على عهده يشترى لا يجوز محاراً له يطل ما كان، ولأن حق الموصى له في العبد، بدليل أنه يعتبر مخرجاً من أئمة لا المسفعة، فسرى إلى البذل، وأما في الإجارة فليس حقه في العبد، وإنما ثبت حقه في المسفعة، بدليل أنه لو لم يبين مقدار مدة المسفعة لم يجز وإن كان العبد معلوماً، وإذا لم يتعلق حقه بالعبد لم يسر إلى البذل.

٧٤١- إذا قتل العبد الموصى بخدمته فليس للموصى له أن يستوفي القصاص ولا للورثة، فإذا اجتمعوا فلهم ذلك، وليس للراهن أن يستوفي القصاص ولا للمرتهن إذا اجتمعا فلهما استيفاء القصاص، وليس لأحد الشريكين أن يستوفي القصاص إذا اجتمعا فلهما الاستيفاء.

وليس للبائع قبل التسليم أن يستوفي القصاص إذا قتل المبيع في يده، ولا للمشتري ولا إذا اجتمعا قبل إجارة المشتري ورضاه، فإن أجاز المشتري إمضاء البيع فنه الاستيفاء، وإن اختار فسخ العقد فللبائع أن يستوفي، هكذا ذكره الكرخي عن محمد، وكذلك عه المضاربة إذا قتل ليس للمضارب ولا لرب المال أن يقتص، ولا إذا اجتمعا، وكذلك عبد المكاتب والعبد المأذون إذا كان عليه دين فقتل ليس للمولى ولا للعرماء أن يقتصوا ولا إذا اجتمعوا.

والفرق بين هذه المسائل أن من حيث توقف جواز استيفاء القصاص في الموصى بخدمته والمرهون والمشتري على رضا المرتهن والشريك والموصى له لم يؤدي إلى إبطال حقه، لأنه في باب الوصية إذا قتل العبد ينهي عقد الوصية، فيصير صاحب الخدمة مستوفياً جميع حقه، ولا يطل حقه بالقتل، كما لو مات العبد الموصى بخدمته وكذلك في المرهون قتله يكون دخولا في الاستيفاء، فيجعل كأنه مات في يده فلا يؤدي إلى إبطال حقه، وكذلك المشتري يقتنه ينتهي ملكه فيصير كأنه مات، ففي هذه المسائل من حيث توقف استيفاء القصاص على رضا الموصى له، والمرتهن والشريك لا يؤدي إلى إبطال حقه فأوقفنا، فإذا تراصيا واجتمعا فقد اجتمع صاحب المال وصاحب الحق فحار أن يقتلا.

وليس كذلك في المسائل الأخرى، لأنها من حيث توقف استيفاء أحدهما على رضا الآخر يؤدي إلى إبطال حقه، لأنه إذا قتل المبيع قبل التسليم مات المعقود عليه، وبوات المعقود عليه قبل القبض يوجب بطلان العقد، وإذا بطل العقد سقط حقه، ثم يؤثر رضاه

في استيفاء القصاص، فمن حيث يشترط رضاه يبطله، وكذلك عند المصاراة إذا قتل يطل حق المصارب، لأنه لا يحصل له شيء فيسقط ربحه. وفي عبد المكاتب يطل حق المكاتب أيضًا، وكذلك في العبد المأذون وإذا قتل يطل حق غرمائه بتلف العين. فمن حيث توقف على رضاه يسقط حقه فلا توقف، باستوى وجود رضاه وعينه ولو لم يرض أحدهما باستيفاء القصاص لم يكن للآخر أن يستولي، كذلك إذا اجمعا، فصار هذا قتلا لم يوجب انقود فوجبت الدية.

٧٤٢- إذا أوصى بأن يعتق عنه نسمة فأعتقها الوارث عن نفسه، جاز عن الميت. ولو أعتقها الوصي عن نفسه لم يجز عن الميت ولا عن نفسه. والفرق أن الوارث يصرف بحق الملك، وأنه موقوف على حكم ملك الميت، دليل أنه لو طهر عليه دين بطلت الوصية؛ وبيع في الدين، وللوارث حق ملك في أملاك الميت، فصار تصرفه بحق الملك فمخالفته جهة الأمر لا يمنع نفوذ تصرفه، دليله الرجل إذا طلق امرأته في حالة الحيض.

وليس كذلك الوصي، لأنه يتصرف بالأمر لا بحق الملك، فمخالفة جهة الأمر يمنع تصرفه، كما لو وكل وكيلًا بأن يطلق امرأته لسنة فطلقها للبدعة لم يقع، كذلك هذا.

٧٤٣- لو أن رجلاً أوصى إلى عبد غيره بالوصية باطلة، وإن أجاز مولاه. ولو وكل عبد غيره حازت الوكالة ويكره إذا كان بغير إذن المولى، ولا يكره إذا كان بإذن المولى.

والفرق أن المولى إذا لم يأذن لم يجز تعلق العهدة به، وإذا وكله بالبيع وباع خرج هو عن العهدة، وإذا خرج هو عن العهدة تعلق العهدة بالأمر فمن حيث يجوز تعلق العهدة به فحوزناه.

وليس كذلك الوصية، لأنه إذا باع الوصي تعلق العهدة به، وخرج العاقد عن العهدة، فوجب تعلق العهدة بمن وقع العقد له، ولا يمكن تعليق العهدة بمن وقع العقد له، لأنه ميت فلو جوزنا وصايته إلى العبد بغير إذن المولى، لكان إذا باع لم يتعلق العهدة به فيؤدي إلى أن يعقد عقدًا لا يتعلق العهدة فيه بأحد، وهذا لا يجوز، ولأن الوصي يتصرف عسى الورثة فلو جوزنا الوصاية على عبد غيره، لكان للوارث أن يشتريه فيمنعه من التصرف عليه فلم يجز أن يكون وصيًا.

وليس كذلك الوكالة، لأنه يتصرف على الأمر لا على غيره، وقدرة الأمر على مع الوكيل من التصرف لا تنع صحة الوكالة، كما لو وكل حرًا.

٧٤٤- إذا كان الوارث كبيراً غائباً، والموصى له كبير حاصر، فقام الوصي الموصى له، وأعطاه من المال حصته، وقص نصيب الوارث، ثم تلف في يده فليس للوارث أن يصممه.

ولو كان الموصى له غائباً فقام الوصي الوارث وأعطاه حصته، وأمسك حصته الموصى له وميره، وتلف في يده، فلصاحب الوصية أن يرجع على الورثة بثلت ما بقي في يده.

والفرق أن الموصى له لا يملك على طريق الخلف على الميت، وإنما يملكه ملكاً مبتدأ، بدليل أنه لا يرد بالميت، ولا يرد عليه، فصار كالمشتري من الميت ولا ولاية للولي عليه، ولا يجوز قبضه عليه، وإذا لم يحز قبضه على الموصى له لم تصح القسمة، وإذا تلف، تلف من الجميع، فكان له أن يأخذ ثلث ما بقي من يد الورثة.

وليس كذلك الوارث إذا كان غائباً، لأن الوارث يملك الشيء على طريق الخلف عن الميت، بدليل أنه يرد بالعقب ويرد عليه والوصي يقوم بمال الميت، فجاز قبضه فصار كما لو كان حاضراً فقبض بصيه، ثم تلف في يده ولو كان كذلك لا يرجع في حصته الوصي، على الموصى له بشيء، كذلك هذا.

٧٤٥- الوصي إذا احتال بدين من عريم أملاً منه جاز استحساناً.

ولو أن المريض احتال بدين له على واحد على إنسان آخر فإنه يجوز من الثلث. والفرق أن الوصي أبسط يداً في باب التصرف في مال الميت من المريض في ماله، بدليل أن المريض لو باع ماله بغبن يسير لا يجوز إذا كان عليه دين، ولو باعه من وارثه لا يجوز، والوصي لو باع مال الميت بغبن يسير أو باعه من وارث نفسه جاز، فجاز ألا يجعل تبرعاً في مال الميت من الوصي، ويجعل تبرعاً من المريض.

٧٤٦- إذا كان اوارث ابنتين والمال ألفين أو الورثة ثلاثة بنين والمال ثلاثة آلاف فاقسموا وأخذ كل واحد ألفاً ثم أقر أحد الورثة بأن الميت أوصى لفلان بالثلث دفع للموصى له ثلث ما في يده.

ولو أقر أن فلاناً أخ له رابع فإنه يدفع له ما في يده.

والفرق أن إقراره على بقية الورثة لا يصح بالوصية، فصار كما لو كان الورثة وبقية المال لم يكن، ولو لم يكن إلا هذا القدر وهو الألف درهم وترك ابناً وأقر بأن الميت أوصى بالثلث لرجل دفع إليه ثلث ما في يده، كذلك هذا.

وأما في الإقرار بالأخ لم يتقد على سائر الورثة، وجعل كأنه لم يترك من الورثة إلا

هذا الابن وهذه الألف فأقر بأخ آخر قسم المال بينهما نصفين، كذلك هذا
٧٤٧- ولو أوصى رجل لرجل بوصية فلا حكم للقبول والرد في حياته.

ولو أوصى إليه كان القبول والرد في حال حياته .
والفرق بينهما أن الوصية له إيجاب الحق له بعد الموت، بدليل أنه يراعى ثلث ماله
عند الموت، ولو جعلنا الإيجاب عند العقد والتمليك عند الموت لكان تعليق التملك
بحظر، وإنه لا يجوز كذلك هذا وإذا كان الإيجاب عند الموت روعي القبول والرد في
تلك الحالة.

وليس كذلك الوصية إليه، لأن الإيجاب عند العقد، لأنه يتصرف بإذنه، وإذنه وجد
بالعقد ولو جعلنا الإيجاب بالعقد والتسليط عى التصرف عند الموت لكان تعليقاً بتسليط
على التصرف بحظر، وهذا جائز، كما لو قل: إذا قدم فلان فأنت وكيلتي، فإنه يصح،
كذلك هذا. وإن كان الإيجاب عند العقد كان القبول والرد في تلك الحالة.

٧٤٨- إذا أوصى لرجل بوصية أو وهب شيئاً منه في مرضه. فقبل ثم رد بعد
الموت فله ذلك.

ولو وهب له شيئاً في حاة الصحة ثم أراد أن يردّه بعد الموت لم يكن له ذلك^(١).
والفرق أنه إذا ملكها بعد الموت بالوصية أو في حال المرض فقد ملكها وله حق
ملك فيها، وإذا رد على الورثة أعادها إلى حق ملك الميت، فهو بالرد يعيدها إلى ملك
الذي استفاد الملك منه، فجاز كما لو قل في حال الحياة ورد في حال الحياة .

وليس كذلك إذا ملكها في حال الصحة، لأنه ملكها وحقيقة الملك كان ثابتاً
للواهب فيه، وبعد الموت يردّه إلى حكم ملكه، وليس للميت حقيقة ملك، فلم يعده إلى
الملك الذي استوجبه فلم يجز، كما لو أراد أن يرد على إنسان آخر في حال حياته .
والفرق أن بعد الموت حاة يصح قبول الوصية فيها، وإذا كان وقتاً لقبول كان
وقتاً للرد، كحالة الحياة والصحة في الهبة من الصحيح.

وأما إذا وهب وهو صحيح فرد بعد الموت فهذه حالة لا تصح لقبول هبة وجدت
في حالة الصحة، وإذا لم يكن وقتاً للقبول لم يكن وقتاً للرد، فصار تملكاً مبتدأ، فإن أتى
بما يحصل به الملك صح وإلا فلا.

٧٤٩- إذا أوصى بجاريته وهي ثلث ماله لإنسان فوهب لها ألف درهم فالجارية

(١) انظر البحر (٤٦١/٨) والمبسوط (٢٧/١٨٠).

وثالث الألف للموصى له.

ولو باع جارية أو تروح امرأة على جارية فوهب لها ألف درهم قبل التسليم فالألف للبائع وللروح عد أبي حنيفة خاصة .

والفرق أن الشيء إذا ألحق بالعقد اقتضى أن يملك على الوجه الذي يملك الأصل، والمسح قد ملك بالصمان فلو أحقبا الكسب بالعقد لم يكن له حصة من الصمان، فيؤدي إلى أن يملكه لا على الوجه الذي يملك الأصل وهذا لا يجوز فلا يلحقه به.

وليس كذلك في باب الوصية، لأننا لو أحقناه بالعقد يملك على الوجه الذي يملك الأصل، لأنه يعتبر خروجها من الثلث كما يعتبر خروج الأصل من الثلث فحار أن يلحق بالعقد على الأصل.

ووجه آخر أن الكسب لا يجوز لإفراد بعقد البيع، فلم يجز إلحاقه به، لأن لزيادة حكم الأصل كالخمر والخنزير.

وليس كذلك الوصية، لأنه يجوز لإفراده الكسب والغلة بعقد الوصية، فحار إلحاقه بعقد الوصية.

وفرق آخر أن الكسب الذي يوجد في المستقبل جعل كالموجود في الحال في باب الوصية، بدليل جواز عقد الوصية عليه وبدليل أنه يعتبر خروجه من الثلث فصار كما لو كان موجوداً.

وليس كذلك في البيع، لأن الكسب في المستقبل في باب البيع لا يجعل كالموجود في الحال، بدليل أنه لا يجوز لإفراده بالعقد، وإذا لم يجعل كالموجود في ابتداء العقد لم يجز أن يجعل كالموجود في إلحاقه بالعقد .

٧٥٠- إذا أوصى بأحد عبديه لإنسان ثم مات فالبيان إلى الورثة، فأبي عبد عبيوه له كان له.

ولو أعتق أحد عبديه بغير عينه، ثم مات ولم يبين فإنه يعتق من كل واحد نصفه. والفرق أن نفس الإعتاق يوجب الحق، إلا أن العتق في الدمة إلى أن يصرفه إلى العين، فإذا مات سقطت دمه، فانتقل إلى العين يعتق نصف كل واحد منهما لاستوائهما في الاستحقاق، فلو خيرنا الورثة في التعيين لخيرناهم في تعيين العتق الموقف في نصف حر ونصف عبد، وهذا لا يجوز.

وليس كذلك الوصية، لأن الوصية لإيجاب الحق بعد الموت، وبعد الموت المثلث للورثة، وللميت حق فيه، فلو خيرنا لخيرناه بين تملكه في النسيب وهذا جائز.

٧٥١- ولو أعتقهما الموصى له ثم عين الورثة أحدهما عتق ذلك الواحد.
ولو أعتق الموصى له أحدهما بعينه، ثم عين الورثة له ذلك العبد لم يعتق عليه.
والفرق أنه إذا أعتق أحدهما فللورثة خيار في صرف ملكه عنه إلى غيره فقد أعتق عبداً، وللغير فيه خيار في صرف عتقه عنه إلى غيره، فلم يعتق، كما لو اشترى عبداً على أن المانع بالخيار، ثم أعتقه المشتري فإنه لا يعتق، كذلك هذا.
وأما إذا أعتقهما فليس للورثة خيار في صرف العتق عنهما، فصار معتقاً بملكه وملك غيره، فنفذ في ملك نفسه، ووقف في ملك غيره، كما لو قال لعبد وعبد غيره أعتقتكما.

٧٥٢- إذا قال: أوصيت لابني فلان بثلاث مالي، فإذا ليس له إلا ابن واحد فله نصف المال.

ولو قال: أوصيت لابني فلان عمرو وعبدال بثلث مالي، فإذا ليس له ولد غير عمرو كان الثلث كله له.

والفرق أن قوله «لابني فلان» لفظ اشتراك والاشتراك قد صح، بدليل أنه لو ولد لفلان ابن آخر فإنهما يستحقان الثلث، وإذا صح الاشتراك كان للموجود نصفه، كما لو قال: ثلث مالي بين فلان وفلان. وأحدهما ميت فلباقى نصف الثلث.

وليس كذلك قوله «عمرو وحالد»، لأن اللفظ ليس لفظ اشتراك، بدليل أنه لو ولد لفلان ابن آخر فسمي حالداً لا يستحق شيئاً، فقد أوجب الجميع لعمرو وأشرك فيه من لا يصح إشراكه فلم يزاحمه في الاستحقاق، فبقي الجميع له كما لو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت، فالثلث كله للحي كذلك هذا.

٧٥٣- إذا أوصى لرجل بجاريته على أن ما في بطنها لورثته على فرائض الله تعالى ثم مات الموصي، ثم وضعت الجارية فالوصية جائزة والولد للورثة.
ولو أوصى بعبد واستثنى الخدمة لورثته لا يجوز.

والفرق أنه بالاستثناء منع دخول الحين فيه، وأوجب أن يكون ميراثاً والولد عين، وتوريث الأعيان حائز فلو جوزنا الاستثناء لملكنا الورثة عيناً، وهذا جائز.

وليس كذلك الخدمة، لأنه بالاستثناء مع دخول الصفقة في العقد، وأوجب أن يكون ميراثاً، والخدمة ليست بعين في العقد وتوريث ما ليس بعين في العقد لا يجوز، كما لو استأجر عبداً ثم مات المستأجر لم يورث عبد الخدمة، كذلك هذا.

٧٥٤- ولو أوصى بصوف عنمه ولبسها يتناول الموجود، وأما ما يحدث في ثيابي

الحال لم تصح الوصية به.

ولو أوصى بعله داره وعنده يحوز، ويصرف إلى ما يحدث^(١)

والعرق أنه يقف بعقده مافع عقاره على استغلال غيره وهذا جائز كما لو وقف عقاره على غيره.

وليس كذلك الصوف واللبن، لأنه يقف بعقده مافع حيوانه من الصوف واللبن على حال استغلال غيره وهذا لا يحوز، كما لو وقف عين الحيوان فإنه لا يحوز، والمعنى فيه أنه وقف ما لا يتأبد، لأن الحيوان لا يبقى بحلاف العقار.

وأما العرق بين علة العبد وخدمته واللبن والصوف: أن الخدمة جعلت في الحكم في عقود المعاوضات شأنًا له بمنزلة الموجود، بدليل جواز الاعتياض عنها، والموجود بالموجود جائز، كذلك ما هو في حكمه.

وليس كذلك اللبن والصوف، لأنه لم يجعل بمنزلة الموجود، بدليل أنه لا يحوز الاعتياض عنهما بحال، فصار معدومًا، وتبليك المعدوم لا يصح.

٧٥٥- ولو أوصى بشمرة بستانه وفيه شرة موجودة فما يحدث فيه لا يدخل في الوصية، ما لم يقل: أبدًا^(٢).

وفي الغلة يدخل فيها الموجود والحادث.

والفرق أن حقيقة اسم الثمرة يتناول الموجود، بدليل قوله ﷺ «من باع نخلا مؤثرًا فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع» وأراد بالثمره الموجود دون الحادث، فإذا كانت الثمرة موجودة انصرف اللفظ إلى حقيقته، وإذا كانت الحقيقة مرادة باللفظ خرج المجاز من أن يكون مرادًا، لأن اللفظ لا يطلق ويراد به الحقيقة والمجاز.

وليس كذلك الغلة، لأن حقيقة اسم الغلة يقع على الموجود والحادث، بدليل أنه وكل وكيلا بدفع غلاته كان وكيلا في الموجود والحادث فدخلا جميعًا في الأمر فتناولهما. ٧٥٦- إذا أوصى إلى إنسان فلم يقبل الوصية حتى مات الموصي، ثم باع واشترى شيئًا من تركته ولم يعلم بموته صار قابلاً للوصية، ولم يكن له رده.

ولو وكل وكيلا ببيع أو شراء، ولم يعلم بالوكالة، فباع واشترى فإنه لا يصير وكيلا

(١) انظر الهداية شرح البداية (٢٥٥/٤) وحاشية ابن عابدين (٦٥٤/٦) والجامع الصغير (٥٢٧/١) والمبسوط (٢/٢٨).

(٢) انظر الهداية شرح البداية (٢٥٥/٤)، والبحر الرائق (٥١٤/٨)، وحاشية ابن عابدين (٦/١٦) (٦٩٥)، والجامع الصغير (ص ٥٢٧) وشرح فتح القدير (٥٢٤/٦).

ما لم يتصرف فيه بعد العلم.
والفرق أن الإيجاب قد عم من قبل الموصي بموته، بدليل أنه لا يقدر هو ولا وارثه على إبطاله، فوجب له حق التصرف، إلا أنه وقف على قبوله فإذا تصرف بما يدل على الرضا والقبول صار راضيًا، كما لو اشترى عبدًا على أنه بالخيار ثم باعه صار عيبًا بالبيع، كذلك هذا.

وليس كذلك الوكالة، لأن الإيجاب لم يتم من قبل الموكل، بدليل أن لموجه إبطاله وعزله، فلم يصرف بفعله مجبرًا، كما لو اشترى عبدًا على أن البائع بالخيار، ثم باعه المشتري لم يجر، لأن الإيجاب لم يتم كذلك هذا والله أعلم بالصواب.

كتاب المأذون

٧٥٧- إذا قال لعهده: إذا أدبت ألفًا فأنت حر كان مأذونًا في التجارة، وجعله بمعنى الشرط والجزاء.

وقد قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ولك ألف درهم. لم يجعل بمعنى الشرط، وإنما جعله إخبارًا حتى لو طلقها لا يلزمها شيء.

وافرق أن قوله: افعل ولك كذا. تحتل معنى الشرط والجزاء، كقوله: احمل هذا الشيء ولك درهم، أو خط هذا الثوب ولك درهم، فإذا حمل أو لحاط لزمه الدرهم، ويحتل معنى الإخبار كقوله: افعل ذلك وأنت جالس أو قائم أو قاعد.

وفي مسألة المأذون لا يصح حمله على الإخبار، لأنه لما ذكر المال وقدمه على العتق اقتضى حصول المال قبل العتق، وإذا لم يصح حمله على الإخبار جعل شرطًا، وأما في الإطلاق فلم يقدم ذكر المال فلم يكن المقصود تحصيل المال، فحمل على الإخبار، ولم يجعل أداء المال شرطًا في وقوع الطلاق، فكأنها قالت: طلقني ولك ألف درهم بسبب آخر.

٧٥٨- إذا كان لرجل عد مأذون فقال: اشهدوا أنني قد حجرت عليه رأس الشهر كان باطلا ولا يصير محجورًا.

ولو وكل وكيلًا ثم قال: عزلتك رأس الشهر، كان معزولًا إذا جاء رأس الشهر. والفرق أنه لما وقت العزل فقد خص الإذن بوقت فصار كتخصيصه بنوع، فلو خص بنوع عم جميع الأنواع، كذلك إذا خص بوقت عم جميع الأوقات.

وأما الوكيل فقوله عزلتك رأس الشهر توقيت للتوكيل بشهر فصار كتخصيصه بوقت كتخصيصه بنوع، وقد خص بنوع فإنه يختص به ولا يعدوه، وكذلك إذا خص بوقت

يختص به ولا يعدوه .

٧٥٩- إذا قال القاضي لعبد اليتيم: اتجر في البر ولا تعده إلى غيره، وإنني قد حشرت عليك أن تعدوه إلى غيره، كان مادوناً له في جميع التحاررات. ولو عقد عقداً في غير ما أمره به فرفع إليه فأبطله، ثم رفع إلى قاض آخر فبطل إبطاله.

والفرق أن قوله في المسألة الأولى ليس بقضاء، لأن القضاء يختص بالموجود دون المعدوم، ألا ترى أنه لو قال: أبطلت كل عقد يعقد مختلفاً به فإنه لا يبطل ما لم يعقد فيه بعده وإذا لم يكن يعقد فيبطله بعده، وإذا لم يكن قضاء كان إدناً بأن يعقد ويتحرر، والإذن في التجارة يعم ولا يختص، كما لو وجد عن المالك.

وإذا عقد عقداً واحداً في غير ما أمره فأبطله كان إبطاله قضاء، لأنه أبطل شيئاً موجوداً، والقضاء يختص بالموجود، وإذا كان قوله قضاء لا إدناً، والقضاء مما يختص بالموجود فاختص ونفذ فإذا رجع إلى قاض آخر فقد رجع إليه قضاءؤه، فكان عليه تنفيذه.

٧٦٠- صبي محجور باع عبداً فضمن عنه إنسان الدرك في أصل العقد، ثم قبض العبد منه ثم استحق العبد في يد المشتري فانضمان جائز، ويؤخذ الكفيل بالثمن. ولو قبض العبد ثم ضمن المشتري رجلاً بالدرك فإنه لا يصح صممه.

والفرق بينهما أنه ضمن ما يقبضه في المستقبل، وما يقبضه يجوز أن يكون مضموناً عليه، لأنه لو أدن في التحارة كان مضموناً عليه، فإذا جاز أن يكون مضموناً في الشرع بالإذن جاز أن يصير مضموناً عليه بالشرط، وإن لم يكن مضموناً على القابض والدليل عليه لو قال: ادفع عشرة دراهم إلى المساكين على أي ضامن، فإن الضمان يصح وإن لم يكن مضموناً على القابض، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا ضمن بعد ما قبض العبد من المشتري، لأنه ضمن ما قبض وما قبض كان غير مضمون، ولا يجوز أن يصير بالإذن مضموناً فقد ضمن غير مضمون، فلم يصح الضمان، كرجل دفع عشرة دراهم إلى المساكين ثم جاء رجل يضمنها إن الضمان لا يصح كذلك هذا.

٧٦١- لو أمر المولى قوماً أن يبايعوا عبده، والعبد لا يعلم بأمر المولى جاز بيعه منهم إذا بايعوه.

ولو قال لرجل: اشتر عبدي من فلان، فذهب واشترى ولم يعلم الوكيل بالأمر لم يجر بيعه منه.

والفرق أن الحاجة إلى الإذن في مسألة المأذون لحق من يعاقده لا لحق العبد، لأن عقد العبد من غير إذن يصح وينفذ في حق العبد، وإنما يتأخر الطلب بضمانه إلى حالة العتق، وإذا كانت الحاجة إلى الإذن لحقهم وعلموا جاز، كما لو علم الكل.

وليس كذلك مسألة الوكالة، لأن الحاجة إلى إذن صاحبه في البيع لحق الوكيل حتى يتعلق العهدة به، ويثبت له الرجوع بمقتضاه على الأمر، ولم يعلم الوكيل فلم يتعلق العهدة بالعائد، وهو من أهله كان عقداً بغض إذن فلم يجوز.

٧٦٢- وإذا أشهد الرجل أهل سوقه أنه ححر على عبده المأذون لم يصح محجوراً إن لم يعلم العبد بالححر.

ولو أذن لعبده المحجور في التحارة بين يدي أهل سوقه فباعوه ولم يعلم العبد كان مأذوناً.

والفرق أن الإذن في التحارة فيه نوع حق للعبد وفي الحجر لإبطال حقه، بدليل أنه يتعلق برفقته حتى يتبع ملك المولى، فلا يبقى عليه ضمان بعد العتق، وبالحجر يبطل ذلك فيلزمه بعد العتق، وإذا كان للعبد فيه حق احتيج إلى علمه في إبطال حقه كالوكيل.

وليس هذا كالإذن، لأن الإذن حق الغرماء، لأن الضرر يلحقهم إذا عاقده وكان محجوراً، فإن الضمان يتأخر إلى حالة العتق، وليس فيه إبطال حق للعبد، فجاز إذا علموا إن لم يعلم بذلك إذ ليس فيه إبطال حقه.

٧٦٣- إذا وجت على الجارية المأذونة ديون فولدت بيع ولدها معها في الدين. ولو ولدت أولاً ثم لحقها دين لا يباع ولدها.

ولو وهبت لها هبة أو اكتسبت كسباً قبل الدين أو بعده قصي الدين من جميع اكتسابها.

والفرق أن الدين يتعلق برفقتها، بدليل أنها تباع فيه، فحاز أن يسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاء إذا ولدت أولاً، فلم يكن الدين ثابتاً في الأم وقت الولادة، فتأخر الحق عن الولادة، والحق المتأخر لا ينفذ في الولادة المتقدمة كالتدبير والاستيلاء.

أما الفرق بين الكسب والولد إذا تقدم على الدين: أن العبد بالعقد يلزم إكسابه ضماناً، ويوجب الحق فيها، وهو يملك إيجاب الحق فيها، ألا ترى أنه لو باعها جاز، فجاز ثبوت دينه فيه.

وليس كذلك الولد، لأنه بإيجاب الدين على نفسها يلزم الولد المولود قبل الدين ضماناً، وهو لا يقدر على إيجاب الحق فيه، ألا ترى أنها لو أرادت بيعه أو ربه لم يكن

لها ذلك، فصار كولد غيرها، ولا يقدر على إيجاب الحق في ولد غيرها، كذلك هذا.
٧٦٤- إذا جنت أمة جناية ثم ولدت ولداً لم يدفع ولدها معها ولا نشت الحماية في الولد. والمأذونة إذا ركبها السيون فولدت مع ولدها معها.

والفرق أن الحماية لم تتعلق بعينها، وإنما تجب بمجولة، ألا ترى أنها نعت على العاقلة، وعاقلتها مولاه فوجبت على المولى، وإذا لم يعين الحق في الأم لا يسري إلى الولد.

وليس كذلك الدين، لأنه تعين في رقبته، بدليل أنها تنص به بعد العتق، والحق إذا تعين في الأم سرى إلى الولد كالكتابة والتدبير والاستيلاء.

٧٦٥- العبد المأذون إذا اشترى وباع فركبه الديون، فهوها من العبد لم يكن للعبد الرجوع على المولى بما وهبه منه.

والوكيل بالشراء والكميل بالتمن إذا وهب منه المال نشت له الرجوع على الموكل والمكفول عنه.

والفرق بينهما أن رجوع العبد على المولى لحق الغرماء لا لحق نفسه، لأنه ليس من أهل وجوب الضمان له على مولاه، وإذا كان الرجوع لحق الغرماء وقد زال حقهم زال الرجوع.

وليس كذلك الوكيل والكميل، لأن ثبوت الرجوع لهما لحق أنفسهما لا لحق الغرماء، لأن صحة التوكيل بضمنان منعقد بين الوكيل والموكل، بدليل أن ما لا يجوز أن يكون مضموناً لا يصح التوكيل به، وكذلك نفس الكفالة توجب ضماناً عليه ثبت له الرجوع به عليه، وإذا كان ثبوت رجوع الوكيل لحق نفسه وقد ملك ما عليه بالهبة كالمالك بالأداء، ولو أدى لرجع به عليه، كذلك هذا.

٧٦٦- عمد بين رجلين، عليه ألف درهم لرجلين، وفي يده ألف درهم، فأخذ أحد الموليين الألف من يده وأتلفه، فرفع إلى القاضي، فقضى لكل واحد من الغريمين خمسمائة درهم عليه، ولم يدفع حتى أبراه أحد الغرماء من دينه سلم الألف كله للآخر.

ولو أن رجلين ادعيا داراً وأقاما البيتين، فقضى القاضي لكل واحد نصفها ثم إن أحدهما ترك دعواه لا يسلم للآخر إلا النصف.

والفرق أن حق كل واحد تعين في نصف الدار، لأن كل واحد أثبت الجميع لنفسه والعين ضاقت عن جميعهما، فصار حق كل واحد نصفه، فإذا ترك أحدهما الدعوى لم يستحق الآخر أكثر من حقه.

وليس كذلك الغرماء، لأن حقهما ثبت في الذمة، والذمة تسع الحقوق كتب فيشت لكل واحد ألف في ذمته، وتعدر استيفاء بعضه لا يسقطه بقى حقه بكماله، فإذا أبرأ أحدهما صار كأنه لم يكن، وقدر الآخر على استيفاء جميع ديونه فكان له أن يستوفيه .
وروجه آخر أن القاضي لما قضى بنصف الدار فقد فسخ عقده في بعضه، وللقاضي اجتهاد في فسخ العقود وإجازتها، فإذا فسخ أفسخ ، فلا يعود من غير تجديد.
وأما في مسألة الدين فليس للقاضي ولاية في إبطال الدين ولا اجتهاد له فيها، فلم يطل حق كل واحد عما استوجبه فبقي جميع دينه إلا أنه نقض لأجل المزاحمة، وقد ارتفعت المزاحمة بأهية فلم الجميع للآخر، كأحد الشفيعين إذا سلم الشفعة سلم الجميع للآخر، كذلك هذا.

٧٦٧- العبد المأذون إذا ركبته الديون فباع شيئاً مما في يده من مولاه بمثل قيمته جاز. والمريض إذا كان عليه ديون فباع شيئاً من وارثه بمثل قيمته لم يجز.
والفرق أن للمولى أن يفدي عبده وما في يده بقضاء دينه ويملكه بالفداء، ألا ترى أنه لو قضى جميع دينه ملك جميع الرقبة، وما في يده فهو بالفداء ينقل حقهم من العين إلى البدل، فسلم له ما في يده بالفداء لا بالشراء فجاز أن يسلم له.
وأما في المريض فالوارث لا يملك مال مورثه من تركته، بدليل أن الوارث لو قضى جميع دينه في حال حياته لم يملك شيئاً من تركته، فإذا لم يملكه الورثة بالفداء صار شريكه بالشراء، وفي الشراء منه تخصيص له بالعين، والتخصيص بالعين مما يصح الإيصاء به، فإذا فعنه في المرض كان وصية، ولا وصية للوارث فلم يجز.
٧٦٨- إذا كان على المأذون دين فأقر بشيء بعينه في يده أنه لفلان جاز إقراره وكان أولى من الغرماء.

ولو أقر المريض بعين في يده لإنسان وعليه دين لم يكن المقر له بالعين أولى.
والفرق أن حجر المريض أكد من حجر المأذون في حق الغرماء، ألا ترى أنه لو باع المأذون بمحاباة قليلة جاز، وعند أبي حنيفة يجوز بالمحاباة الكثيرة أيضاً، فجاز أن ينعذ إقراره عند ضعف الحجر وإن لم ينعذ عند موته.
٧٦٩- وإذا أذن لعبده في التجارة فقال لرجل: أقررت لك بألف درهم وأنا محجور علي، وقال ذلك الرجل: كنت مأذوناً فالقول قول المقر له، ويلزمه المال.
ولو أن صبياً بلغ فقال: أقررت لك وأنا صبي بألف درهم، وقال المقر له: لا بل أقررت وأنت بالغ، فالقول قول المقر.

والفرق بينهما أن إقراره في حال المحر يوجب المال، إلا أنه يتأخر إلى وقت الحرية فقد أقر بوجوب المال عليه في الحال فادعى تأخيرها إلى عاية، فلم يصدق على دعوى الأجل، كما لو قال: لك علي ألف درهم، قد أجلتني فيها. وليس كذلك إذا قال: أقررت وأنا صبي، لأن إقراره في حال الصبا لا يوجب الصمان، فلم يقر بما يوجب الصمان، وإنما أضاف الإقرار إلى حالة لو وجد في تلك الحالة لم يتعلق به حكم، كذلك إذا أضاعه إليه.

(فصل)

٧٧٠- إذا اشترى المحرور عليه عبدًا فأجازه المولى جاز. ولو أن حرًا اشترى لغيره عبدًا بغير إذنه فأجازه المشتري له لم يجز. والفرق أن العبد لا يقدر على إيجاب الملك لنفسه بعقده إذا كان محجورًا وإذا عقد عقدًا لم ينقذ عليه فوقف على إجازة المولى وإذا أجازه جاز. وفي الأجنبي هو يقدر على إيجاب الملك لنفسه بعقده، فلما وجد العقد نفاذًا نفذ على المشتري، فصار يجيز العقد بعد نفوذه، فلم تعمل إجازته، كما لو أعتق عبده عن غيره بغير إذنه، ثم أجازه لم تعمل إجازته، كذلك هذا.

٧٧١- المأذون إذا كان عليه دين فباع شيئًا مما في يده بعين يسير جاز، وكذلك المكاتب، وكذلك الأب والجد والوصي والقاضي إذا باعوا مال اليتيم وكذلك المضارب وشريك الصان والمعاوض إذا باع من أجنبي بمحابة يسيرة جاز. فإن باع المأذون من مولاه بعين يسير وعليه دين لم يجز، وكذلك المضارب إذا باع مال المضاربة من رب المال وعليه دين للمضاربة بعين يسير لم يجز، وكذلك المريض إذا باع ما في يده وعليه دين بعين يسير لم يجز.

والفرق بين هذه المسائل أن حق الغرماء تعلق بعين مال المريض بدليل أنه لو أراد أن يتبرع به لم يجز، وكذلك حق الغرماء تعلق بعين ما في يد المأذون، وكذلك المضارب، وصار المضارب والعبد والمريض محجورًا عليه في حق المولى ورب المال وسائر الناس لا تلحقه التهمة في حقهم، وإنما يجوز تصرفه مع هؤلاء على وجه نقل الحق من ملك محل إلى محل فون نقل الجميع لا تلحقه التهمة فجاء، وقام الثاني مقام الأول، وإن نقل البعض دون البعض لحقته التهمة فيه فلم يجز فإذا بلغ بعين يسير من هؤلاء وقد نقل البعض دون البعض صدقته التهمة فلم يجز، وأما إذا باعوا من الأجانب فلا تنحبهم التهمة في حقهم، فلم يكن جواز تصرفه بحق النقل، وإنما هو بحكم التجارة، فإذا باع ولم

تلحقه التهمة حار.

وأما المأذون والأب والجد والقاضي فجواز تصرفهم ليس هو على وجه العمل بدليل أنه لا تلحقهم التهمة في حق الأجانب وإنما لهم حق التصرف على وجه الاحتياط، والاحتياط ما يكون من فعل التجار، وهذا أخذ عليه عند التجارة، فإذا باعه به وهو مما يكون تناوله تلحقه شيئاً، ولم يلحقه التهمة حار، وإذا ظهر العبن وهو ليس بأخذ منه، فصار تاركاً للاحتياط فلم يجوز تصرفه، وأما إذا باع المأذون بغبن كثير فعبد أبي حنيفة رحمه الله يجوز، لأنه يتصرف لمسه بهك الحجر، فصار كالحر الصحيح.

كتاب الديات والجنايات

٧٧٢- إذا ضرب سن رجل فاسودت فقال الضارب: اسودت من مرض جد فيها بعد صربي وكذبه المضروب فالقول قول المضروب مع يمينه^(١).
ولو شجه موصحه فصارت منقلة، فقال المضروب: إنما صارت منقلة من ضربك، وقال الضارب: إنما صارت منقلة من شيء آخر فالقول قول الضارب.
والفرق أن اسود إذا وجد عقبب الضرب فالظاهر أنه وقع منه، فإذا قال: إنه وقع من غيره، فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدق.

وليس كذلك الشجة، لأن الظاهر أن الموضحة لا تصير منقبة بنفسها، لأن المنقبة أن تنقل العظم من محل إلى محل آخر، وهو لا يحصل بعير فعل أحد، وإنما تصير منقبة بفعل آخر، فصار الضارب يدعي والظاهر معه، فالقول قوله، والمضروب يدعي خلاف الظاهر فم يقل قوله.

٧٧٣- إذا أقر أنه قتل رجلاً عمداً، وادعى المولى الخطأ فلا شيء للولي.
ولو أقر أنه قتل رجلاً خطأ، وادعى الولي أنه قتله عمداً لزمه الدية في ماله استحساناً.

والفرق أنه إذا أقر بالعمد وادعى المولى الخطأ فمعي زعم القاتل أن القصاص واجب ولو صدقنا الولي فأوجبنا الدية لنقلنا القصاص إلى المال، بقول الولي وهذا لا يجوز، كما لو اتفقا على العمد ثم أراد الولي أخذ الدية لم يكن له ذلك.

وليس كذلك إذا أقر بالخطأ، لأن في زعم المدعي أن القصاص واجب فهو أوجبا

(١) انظر جواهر المفود للمنهاجي (٢/٢٢١) ط. دار الكتب العلمية بيروت، تحقيق مسعد السعدي، والبحر الرائق (٨/٣٤٨)، وحاشية بن عابدين (٦/٥٥٣).

الدبة نفلنا القصاص إلى المال بقول القاتل، وهذا جائز كما لو ادعى القاتل في شبة.
٧٧٤- إذا وجد القاتل في السفينة فالقسامة على سكان السفينة وركابها وكل من فيها، ولو وجد القاتل في المحلة فالقسامة على أهل المحلة دون السكان عد أبي حنيفة رحمه الله.

والفرق أن حقيقة اليد ثبتت على السفينة، بدليل أنها تعمر بالعصب، ويمكن منها وتحويلها، فقد ثبت لهم حقيقة اليد فيها فاختصوا بالتصرف في عمل القتل، فاختصوا بحمل القسامة.

وليس كذلك المحلة بدليل أنه لا يمكن نقلها أو تحويلها حتى قلنا لا يعمر العقار، بالعصب وصاحب اليد هو المتصرف في النار بإسكانه فيها، فلم يختصوا بالتصرف في عمل القتل، فلم يختصوا بحمل القتل.

ومرق آخر أن تدبير المحلة والتصرف فيها إما يكون إلى أرباب المحلة والسكان كالتصرفين من جهتهم، فصاروا كالعييد والمكاتبين، فإن القسامة لا يجب على العييد والمكاتبين، كذلك هذا.

وليس كذلك السفينة، لأن التصرف فيها إما يكون إلى السكان والملاحين دون الملاك، بدليل أنها تجري بأمرهم وهم المتصرفون فيها، فاختصوا بحمل ما يجب فيها، ولأنه لا حكم المحل السفينة، بدليل أنا لو علقنا الحكم بالمحل لأبطناها، لأن البحر لم يدخل تحت قهر أحد، وإذا لم يكن محلها حكم، صار الحكم للسفينة، والسكان هم المختصون بالتصرف في السفينة، فاختصوا بحمل القسامة والدية.

وليس كذلك المحلة، لأن لمكان الدار حكم وهو دار الإسلام، بدليل أنه يدخل تحت القهر والعلية، وحكمها معلق بأهل المحلة، والحكم إذا علق بجهة فما لم تقطع تلك الجهة لا يقل عنها إلى غيرها كالغصب.

٧٧٥- إذا قطع الرجل مفصلا من إصبع رجل، واقتص منه وبرئ، ثم قطع أحدهما باقي إصبع صاحبه فعليه القصاص.

ولو قطع يد رجل من المفصل فاقتص منه وبرئ، ثم إن أحدهما قطع ذراع صاحبه من تلك اليد فلا قصاص فيه وإن كانوا سواء.

والفرق أن المساواة معتبرة فيما دون النفس، ولم يوجد في الذراع، لأن المساواة إما تعرف بوجوب تقدير من جهة الشرع، ولم يرد، فلم توجد المساواة، فلا يجب القصاص.

وفي الإصبع ورد الشرع بتقدير، لأنه يجب في المفصلين ثلثا الدية ولكل واحد بدل معلوم، فاستويا في أنفسهما لاستواء بدلتهما وصفتهم، فوجب القصاص بينهما.
٧٧٦- أرض مشتركة بين رجلين أوقف أحدهما دابته فيها بغير إذنه شريكه فأصاب إنساناً بيد أو رجل أو غير ذلك، فلا ضمان عليه^(١).

ولو حفر فيها بقرًا بغير إذن شريكه فوقع فيها إنسان فمات ضمن نصف دية.
والفرق أن له أن يرتفع بالأرض المشتركة بهذا القدر من غير إذن شريكه، ألا ترى أن له أن يسكن نصف تلك البقعة وإن لم يقسم أيضًا فهو بالإيقاف غير حائر، وإذا لم يجر لا يغرّم.

وليس كذلك البئر لأنه ليس لأحد الشريكين حفر البئر في الموضع المشترك، لأنه بالحفر يهدم الأرض، فصار هدم السفلى كهدم العلوى، وهدم العلوى جناية، كذلك السفلى فصار متعدياً فيه فغرّم ما تلف به، كما لو لم يكن فيه ملك، وإذا كانت الجناية بالحفر والحفر نصفه في ملكه ونصفه في ملك غيره فغرّم نصفه، ولم يغرّم النصف الباقي.

٧٧٧- إذا رمت دابة وهي تمشي في طريق المسلمين، وصاحبها راكب عليها فلا ضمان على الراكب ولا يجعل كأنه باشر الإتلاف بنفسه.

وقال في الريادات^(٢): إذا ركب مشرك وساق دابته وسيرها في معسكر المسلمين فتصحت الدابة وصاحبها راكبها فتصحت برجلها أو بيدها فقتلت مسلمًا لم يغسل وجعل كأن المشرك باشر القتل بنفسه.

والفرق أنه متسبب في إتلافه، وكونه شهيدًا متعلق بوجوب سبب من جهته يقع التلف بتلك الجهة لا بمباشرة، ألا ترى أنه لو رمى هذا الكافر بنار فذهبت يمينًا وشمالاً فأحرقت مسلمًا لم يغسل، لكونه متسببًا.

وأما في الضمان فإنما يجب لكونه متلفًا، ولم يوجد إتلاف، والدليل عليه أنه لو أوقد نارًا في ملك نفسه فأحرقت ملك جاره لم يضمن، ولم يجعل مباشرًا، كذلك هذا، والله الموفق للصواب.

(١) انظر فتاوى ابن الصلاح (٥٩٢/٢).

(٢) الريادات لمحمد بن الحسن الشيباني مخطوط بدار الكتب المصرية.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

لإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري

المتوفى ١٨٢ هـ

تحقيقه

أحمد فريد المصري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي شرف العلماء بقوله «مَنْ يَسْتَوِ الدِّينَ يَفْعَلُونَ وَيُدِينُ لَا يَفْعَمُونَ»^١
وخص المستنبطين منهم بمفصل خطابه: «فَسْتَلُوا أَهْلَ الدِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْمُونَ».

والصلاة والسلام على النبي الأمي الذي قال: «من يود الله به حبراً يبقه في الدين» وعلى آله وصحبه نجوم الاهتداء وفقهاء الدين.

وبعد: فإن (اختلاف الأئمة في المروءة رحمة للأمة) وقد اختلف الصحابة - رضى الله عنهم - ومن بعدهم من الفقهاء فيها، ولولا ذلك لصاق الأمر وساد الحرج. وقد أخرج ابن عبد البر في جامع بيان العلم، والخطيب في (المقبة والمتفقه) كثيراً من الآثار الواردة في ذلك، حتى دون العلماء قديماً وحديثاً، اختلاف الأئمة في كتبهم، لتلايق الخواص في خرق الإجماع والعموم في الحرج. وإن أقدم من صنف في الاختلاف الإمام الأعظم أبو حنيفة، فإنه ألف كتاب «اختلاف الصحابة» ثم صنف تلميذه الكبير الإمام أبو يوسف انقاضي كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» ثم صنف أبو عبدالله محمد بن شجاع الثلجي «اختلاف يعقوب وزمر» ثم صنف الطحاوي «اختلاف الفقهاء» عامة، وابن المنذر «الإشراف في الخلاف» كذلك، وابن جرير «اختلاف الفقهاء» أيضاً إلا أنه جرده عن الدلائل. وأما أبو يوسف فجمع ما اختلف فيه أستاذه خاصة ولم يلتفت إلى اختلاف غيرهما، كسفيان الثوري، وحسن بن صالح، وشريك بن عبد الله، وابن شبرمة وأماهم من مجتهد الكوفة، لأنه تفقه عليهما، وغرضه جمع ما استفاد منهما مما اختلفا فيه، ليبين قوله معهما متفقاً مع هذا ومختلفاً مع ذاك مرة وبالعكس مرة أخرى، وليكون ذخيرة وذكرى لمن بعده، وقد رواه عنه صاحبه الإمام الرباني محمد بن الحسن الشيباني، ثم اختصره في جملة ما اختصره من كتبه الحاكم أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروري الشهيد وشرحه الإمام السرخسي في مبسوطه مع باقي كتبه. قال في المجلد (٣٠) من مبسوطه في صفحة (١٢٨): «اعلم أن أبا يوسف كان يختلف إلى ابن أبي ليلى في الابتداء فتعلم بين يديه تسع سنين، ثم تحول^(١) إلى مجلس أبي حنيفة... قيل: كان سبب تحول أبي يوسف إلى مجلس أبي حنيفة أنه كان تع ابن أبي ليلى وقد شهد ملاك رجل فلما نثر

(١) وهو كبير على الصحيح، ولازمه ثماني عشرة سنة، كما صحت الرواية عنه بذلك من طرق وقضاء ابن أبي ليلى في الدولتين الأموية والعاسية كان طويلاً الأمد.

السكر أخذ أبو يوسف - رحمه الله - بعضاً فكره له ذلك ابن أبي ليلى وأعطى له القول وقال: أما علمت أن هذا لا يحل؟ فجاء أبو يوسف إلى أبي حنيفة رحمه الله فسأله عن ذلك فقال: لا بأس بذلك بلعنا أن رسول الله ﷺ كان مع أصحابه في ملك رجل من الأنصار فثر الثمر فجعل رسول الله ﷺ يرفع ذلك ويقول لأصحابه: «انتهبوا» وبلغنا أن النبي ﷺ في حجة الوداع لما حذر مائة بدنة أمر بأن يؤخذ له من كل بدنة قطعة ثم قال: «من شاء أن يقتطع فليقتطع» فهذا ونحوه من الهبة مستحسن شرعاً. فلما تبين له تفاوت ما بينهما تحول إلى مجلس أبي حنيفة. وقيل: كان سبب ذلك أنه كان يناظر زفر رحمه الله وتبين له بالمناظرة معه تفاوت ما بين فقه أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمه الله فتحول إلى مجلس أبي حنيفة، ثم أحب أن يجمع المسائل التي كان فيها الاختلاف بين أستاذه فجمع هذا التصنيف وأخذ ذلك محمد رحمه الله وروى عنه ذلك، إلا أنه زاد بعض ما كان سمع من غيره، فأصل التصنيف لأبي يوسف، والتأليف لمحمد رحمه الله عليهما، فعد ذلك من تصنيف محمد، ولهذا ذكره الحاكم رحمه الله في المختصر.

ويعلم من قول السرخسي هذا أن كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى»^(١) من أجزاء «الأصل» ولولا ذلك لما اختصره الحاكم في كتابه، وأيضاً يدل عليه شرح السرخسي له وعده من تصانيف محمد، لكن النسخ التي رأيتها من «الأصل» أو رأيت فهارس كتبه من نسخ مكة المكرمة ومصر واستنبول ليس فيها شيء من هذا الكتاب إلا في جزء منه مما في دار الكتب المصرية على ما كتب لي فهرسه فضيلة الأستاذ رضوان محمد رضوان وأرسله إلي من القاهرة، فإن في كتاب الوديعه وكتاب العارية منه ما ذكر فيه من مسائل الوديعه والعارية بعنوان باب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الوديعه وفي العارية، وطبعت منه نسخ البابين فأرسلهما إلي فوجدتهما مثل ما في هذا الكتاب، فلعل بعض نسخ «الأصل» حوته منفرداً في كل الكتاب لا مجتمعاً في مقام واحد، وأظه من صيغ بعض رواة «الأصل» والله أعلم بحقيقة الحال.

فهذا الكتاب جليل القدر، عظيم الشأن، نادر الوجود. احتج فيه بأحاديث وآثار مرفوعة وموقوفة مسندة ومنقطعة من بلاغاته، فأجبت لجنة إحياء المعارف النعمانية أن

(١) قلت: «قل السرخسي عنه مصرحاً باسمه في كتابه العظيم المسوط في هذه المواضع: (٢) (١٨٧)، (١٠٨/٥)، (١٢٨/٣٠)، وكذلك علاء الدين الكاساني في بدائع الصائغ (١/٢٢٠)، (٢٨/٢)، وابن عبد البر في التمهيد (٢٧٩/٤)

نشره فلم يجد له إلا نسخة واحدة في الهند، فارتأت اللوحة أن أسعى في تصحيحه. وشرح بعض عريب لعتة، وإيضاح بعض مسائله، وتحرير أحاديثه، وتراجم رجاله. فقامت هذه المهمة على قدر استطاعتي مع قصر باعني وقلة بصاعتي، مستعيناً بالله تعالى. فصححته بقدر وسعي، وخرجت أحاديثه وعرونها إلى عرجيها ما وجدت إلى ذلك سبيلاً، ولا يكلف الله نفساً إلى وسعها، وترجمت رجال أحاديثه ناقلاً من الكتب المشهورة في فن الرجال كتهذيب التهذيب، والخصلة، وتعميل المنفعة، ولسان الميراث وغيرها، ولم أترجم للصحابة إلا نادراً لأنهم كلهم عدول مشاهير، ومن ترجمت له من الصحابة إما ترجمت له في ضمن تراجم أبايهم للمناسبة أو لعدم شهرتهم، وشرحت غريبه بمدد الكتب الشهيرة في اللغة كالمعرب في مصطلح الفقه، ومجمع بحار الأنور لغريب الحديث وغيرهما.

أما ترجمة راوي الكتاب الإمام محمد بن الحسن الشيباني فمن شاء أن يطلع عليها فعليه بسوغ الأمان لفضيحة الأستاذ الشيخ محمد زاهد الكوثري حفظه الله فإنه استوعب وأجاد جزاه الله عن الإسلام والمسلمين خير الجزاء .

وأما ترجمة الإمام الأعظم، وأبي يوسف القاضي مصنف الكتاب فمبسوطة في كتب المساقب، والطبقات، والرجال، والتاريخ، تركناها هنا للاختصار.

وأما ابن أبي ليلى فهو: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، الأنصاري، الكوفي، الفقيه، قاضي الكوفة، وأحد الأعلام. قال في تهذيب التهذيب: روى الزبير المكي، وعطاء بن أبي رباح، وعطية، وعمرو بن مرة، وسلمة ابن كهيل، والمنهال بن عمرو، وداود بن علي، والأجلح بن عبد الله، وإساعيل بن أمية، وحبيضة بن الشمرذل. قلت: والشعبي، والحكم وغيرهم كما في تذكرة الحفاظ، روى عنه ابنه عمران، وقرينه عيسى بن المختار بن عبد الله بن عيسى، وزائدة، وابن جريج، وقيس بن الربيع، وشعبة، والثوري، وعيسى بن يونس، ومحمد بن الربيع، ووكيع، وعلي بن هاشم بن الريد، وعبد الله بن موسى، وأبو نعيم. قلت: وأبو يوسف القاضي، وعبد الله بن داود الخريبي، وآخرون. قلت: روى له الأربعة في سننهم، وكان ثقة، صدوق. وتكلموا في حفظه فقالوا: شغل بالقضاء فساء حفظه. قال في تهذيب التهذيب: وقال أبو حاتم عن أحمد بن يونس: ذكره رائدة فقال: كان أفقه أهل الدنيا. وقال العجلي: كان فقيهاً، صاحب سنة، صدوقاً حائز الحديث، وكان عالماً بالقرآن، وكان من أحسب الناس، وكان جميلاً نبيلاً، وأول من استقصاه على الكوفة يوسف بن عمر الثقفي. وقال ابن أبي خيثمة عن يحيى بن معمر:

لس بذلك. وقال أبو زرعة: ليس بأقوى ما يكون. وقال أبو حاتم: محله الصدق، كان سيئ الحفظ، شغل بالقضاء فساء حفظه، لا يهتم بشيء من الكذب إنما يكره عليه كره الخطأ، يكسب حديثه ولا يحتج به... الخ.

قال الحافظ ابن حجر: قلت: له ذكر في الأحكام من صحيح البخاري، قال: أول من سأل على كتاب القاضي البيهقي ابن أبي ليلى وسوار. قال ابن حبان: كان فاحش الخطأ؛ رديء الحفظ، فكثرت المساكن في روايته، تركه أحمد، ويحيى «أي ابن معين» وقال الدارقطني: كان رديء الحفظ، كثير الوهم. وقال ابن جرير الطبري: لا يحتج به. وقال يعقوب بن سفيان: ثقة عدل، في حديثه بعض المقال، ابن الحديث عندهم.

وقال صالح بن أحمد عن ابن المديني: كان سيئ الحفظ، وأهمل الحديث. وقال أبو أحمد الحاكم: عامة أحاديثه مقلوبة. وقال الساجي: كان سيئ الحفظ لا يعتمد الكذب فكان يمدح في قصائده فأما في الحديث فلم يكن حجة. قال: وكان الثوري يقول: فقهاؤنا ابن أبي ليلى، وابن شبرمة. وقال ابن خزيمة: ليس بالحافظ وإن كان فقيهاً عالماً. قلت: وذكره في تذكرة الحفاظ فقال ج ١ ص ١٦٢ «قال أحمد بن يونس: كان ابن أبي ليلى أوفى أهل الدنيا. وقال المعجلي: كان فقيهاً صدوقاً، صاحب سنة، جازع الحديث، قارئاً، عالماً بالفقران، قرأ عليه حمزة. وقال أبو زرعة: ليس هو بأقوى ما يكون. وقال أحمد: مضطرب الحديث. قلت: حديثه في وزن الحسن ولا يرتقي إلى الصحة لأنه ليس بالمتقن عندهم ومناقبه كثيرة. مات في شهر رمضان سنة ثمان وأربعين ومائة. وقال أبو حفص الأبار عنه: قال: دخلت على عطاء فحمل يسألني وكان أصحابه أنكروا ذلك فقال: وما تنكرون؟ هو أعلم مني»

وأبوه عبد الرحمن من كبار التابعين، الثقات الأعلام، ولد لست بقين من خلافة عمر رضي الله عنه. وجدته أبو ليلى الأنصاري، يقال اسمه يسار، وقيل بلال، وقيل بليل، وقيل داود، وقيل أوس، وقيل لا يحفظ اسمه. له صحبة، شهد أحداً وما بعدها. كان من أصحاب علي رضي الله عنه، شهد معه مشاهدته وانتقل إلى الكوفة وقتل بصفين معه، رضي الله عنه.

أبو الوفاء الأفعاني

رئيس لجنة إحياء المعارف النعمانية

٢١ رمضان سنة ١٣٥٧هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال^(١) محمد بن الحسن عن أبي يوسف قال: إذا أسلم الرجل إلى الخياط ثوباً فحاطه ماء فقال رب الثوب: أمرتك بقميص، وهال الخياط: أمرتني بقباء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القول قول رب الثوب وبصم الخياط قيمة الثوب. وبه يأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول الخياط في ذلك. ولو أن الثوب ضاع من عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم^(٣). وبلغنا عن علي بن أبي

(١) هذه مسائل الإجارة من باب ضمان الأجير المشترك. ولم يذكر في الأصل لفظ إيجاب، ولم يذكر حكم هذه المسائل في مختصره في هذا الكتاب وذكرها السرخسي في مواضع من كتابه.

(٢) قلت. وهو قول محمد أيضاً. قال الإمام السرخسي ج ١٥ ص ٩٦ من مسوطه «ولو أسلم ثوباً إلى خياط وأمره أن يحيطه قميصاً بدرهم فحاطه قباء فمضاهب الثوب أن يصممه قيمة ثوبه وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاور به ما سمي له» لأنه في أصل الخياطة موافق وفي القيمة والصفة مخالف الخ ثم ذكرنا نقلاً عن المختصر «فإن قال رب الثوب: أمرتك بقميص، وقال الخياط: أمرتني بقباء، فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا». وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: القول قول الخياط لإبكاره الخلاف والضد. والشافعي يقول إنهم يتحاهان لأههما اختلعا في المعقود عليه. ولو اختلعا في البذل تحلما إذا كان قبل إقامة العمل فكذلك في المعقود عليه. ولكن هذا لا معنى له هنا لأن رب الثوب يدعي عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعي الأجر ديناً في دمة رب الثوب، فلا يكون هذا في معنى ما ورد في الأثر بالتحالف فيه مع أن المفصود بالتحالف الفسخ وبعد إقامة العمل لا وجه للفسخ «وإن أقاما البيعة فالبينة بينة الخياط» لأنه هو المدعي الإذن في غيابة القباء، والوفاء بالمعقود عنه، وتقرر الأجر في دمة صاحب الثوب «وإن اختلعا في الأجر فالقول قول رب الثوب» لأنه مكر للزيادة «فالبينة بينة الخياط» لأنها تثبت الزيادة الخ.

(٣) قال السرخسي في مسوطه ج ١٥ ص ١٠٣ في باب متى يجب للعامل الأجر قال: «وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة. وهو قول رفر والحسن بن زياد -رحمهم الله-. وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: هو ضامن إلا إذا تلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه» كالحرق الغالب. وكذلك الخلاف في كل أجير كالأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره. والمشارك من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لعبر واحد، ولهذا يسمى مشترك، ولا خلاف أن أجير الواحد لا يكون ضاماً لما تلف في يده من غير صعه، وهو الذي يستوجب البذل بمقابلة مفاعله الخ، ثم بين المسألة بالتفصيل مع الدلائل، من شاء زيادة الاطلاع سيرجع إليه.

طالب ﷺ أنه قال: لا ضمان عليهم^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: هم ضامون لما هلك عندهم وإن لم تكن أيديهم فيه. قال أبو يوسف: هم ضامون إلا أن يجيء شيء غاب.

(١) قلت: أخرجه طلحة بن محمد في مسنده من طريق أبي يوسف عن أبي حنيفة عن بشر الكوفي عن محمد بن علي عن أبيه عن علي بن أبي طالب ﷺ أن النبي ﷺ قال: « لا ضمان على قصار ولا صباغ ولا وشاء » وأخرجه محمد في الآثار عنه عن بشر أو بشير عن أبي جعفر « أن علي بن أبي طالب كان لا يضمن القصار ولا الصباغ ولا الخائف ». وأخرجه الكلاعي من طريق محمد بن خالد الوهبي عن الإمام عن يونس بن محمد عن أبي جعفر محمد بن علي عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب « أنه كان لا يضمن القصار ولا الصباغ »

باب الغصب*

قال أبو يوسف: وإذا اعتصب الرجل الحارية فباعها واعتقها المشتري فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: السح والعقق معها باطل لا يجوز، لأنه باع ما لا يملك واعتق ما لا يملك. وهذا يأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: عتقه جائز وعلى العاصب القيمة.

قال: وإذا اشترى الرجل الحارية فوطئها ثم اطلع المشتري على عيب كان بها دسه النافع له، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: ليس له أن يردها بعد الوطء. وكذلك يدعى عن علي بن أبي طالب عليه السلام ^(٢) قال أبو يوسف: ولكنه يقول يرجع عليه بفصل ما بين الصحة

(١) قست: وهو قول محمد أيضًا كما هو مصرح في المسوط، وبدأ الحاكم هذا الكتاب في مختصره بهذه المسألة

(٢) أخرجه الإمام محمد في الأثر* والحسن بن زياد في مسنده عن الإمام عن أبيه عن ابن سبرين عن علي بن أبي طالب عليه السلام في الرجل يشتري الحارية موطئها ثم يجد بها عيبًا قال: «لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بقصد العيب» قال محمد: وبه يأخذ وكذلك إذا لم يطأها وحدث بها عيب عده ثم وجد بها عيبًا دلّسه النافع فإنه لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بقصد العيب، إلا أن يشاء البائع أن يأخذها بالعيب الذي حدث عند المشتري. ولا يأخذ للعيب أرضًا ولا للوطء عقراً، فإن شاء ذلك أخذها وأعطاه الثمن كله. وهذا قول أبي حنيفة عليه السلام. وأخرجه ابن خسر البجلي عن طريق ابن المظفر، والحسن بن زياد عن الإمام عن أبيه عن أبيه عن علي عليه السلام. وأخرجه البيهقي*** عن يحيى بن سعيد عن جعفر بن محمد «أي الصادق» عن أبيه عن علي بن حسين عن علي عليه السلام ولفظه في رجل اشترى حارية فوطئها فوجد بها عيب قال: لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء، وإن لم يكن وطئها ردها. قال: وكذلك رواه سفيان الثوري وحفص بن غياث عن جعفر بن محمد، وهو مرسل. علي بن حسين لم يدرك جده عليًا، وقد روى عن مسلم بن خالد عن جعفر عن أبيه عن جده عن حسين بن علي عن علي - رضي الله عنهم - وليس بمحفوظ. قلت: لا بأس به بعد أن رواه الإمام بسند متصل كما ذكرته، والمرسل أيضًا حجة عندنا وعند الأكثر خصوصًا مراسيل مثل الإمام زين العابدين عليه السلام وكفاك به حجة! ومسلم بن خالد الراسبي من رجال أبي داود وابن ماجه، ذكره ابن حبان في الثقات، ووثقه ابن معين وقال الساجي: صدوق، وهو من الفقهاء الأعلام.

* انظر رسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسيوط ابن الجوزي (ص ٣٦٨، ٣٩٣)

** رواه الشيباني في المحجة (٥١٩/٢)، وفي المسوط له (١٩٨/٥).

*** السنن الكبرى (٣٢٢/٥).

والعيب من الثمن^(١). وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: يردّها ويرد معها مهر مثلها^(٣). والمهر في قوله يأخذ العشر من قيمتها ونصف العشر فيجعل المهر نصف ذلك. ولو ان المشتري لم يظا الجارية ولكنه حدث بها عيب عنده لم يكن له أن يردّها في قول أبي حنيفة، ولكنه يرجع بفصل ما بين العيب والصحة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يردّها ويرد ما بقصها العيب الذي حدث عنده.

قل: وإذا اشترى الجارية فوطفها فاستحقها رجل فقضى له بها القاصي، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: على الواطئ مهر مثلها على مثل ما يتزوج به الرجل مثلها يحكم به ذوا عدل ويرجع بالثمن على الذي باعه ولا يرجع بالمهر. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: على الواطئ المهر، على ما ذكرت لك من قوله، ويرجع على النائع بالثمن والمهر لأنه قد عره سها. قال محمد: وكيف يرجع عليه في قول ابن أبي ليلى بما أحدث وهو اندي وطئ؟ أرايت لو باعه ثوبًا فخرقه أو أهلكه فاستحقه رجل وضمنه بالقيمة ليس إنما يرجع على النائع بالثمن وإن كانت القيمة أكثر منه؟ قال: وإذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيبًا فرضي أحدهما بالعيب ولم يرص الآخر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس لواحد منهما أن يرد حتى يحتمعا على الرد جميعًا. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لأحدهما أن يرد حصته وإن رضي الآخر بالعيب. وبه نأخذ^(٥).

(١) قال في المبسوط ج ١٣ ص ٩٧: فلما يرجع بحصة العيب من الثمن، لأن الجزء الثالث صار مستحقًا بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه إليه ميرد حصة من الثمن، لأنه صار مقصودًا بالمع فيكون له حصة من الثمن، فطريق معرفة ذلك أن يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها، فإن كان تفاوت ما بين القمتين العشر رجوع بعشر الثمن، وإن كان نصف العشر رجوع بنصف عشر الثمن إلا أن يقول ابننا: ردها علي فأنا أرى بذلك محينئذ يردّها، لأن النائع من الرد حقه، وقد زال حين رضي به.

(٢) وهو قول محمد أيضًا أفاده السرخسي في ص ٩٥ ج ١٣

(٣) وفي المبسوط ج ١٣ ص ٩٥ في باب العيوب في البيوع وقال ابن أبي ليلى: يردّها بكرًا كانت أو ثيبًا، ويرد معها عقرها عشر قيمتها إن كانت بكرًا أو نصف عشر قيمتها إن كانت ثيبًا. قلت:

وروي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما - أفاده السرخسي بعد ذلك.

(٤) وهو قول محمد كما يفهم من المبسوط.

(٥) قلت: وهو قول محمد أيضًا كما أفاده السرخسي في باب خيار العيب ص ٥٠ ج ١٣.

قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها نخل وفيه ثمر ولم يشترط شيئاً، فإن أب حبيبة عليه السلام كان يقول ^(١): الثمر للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري. وكذلك بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول: «من اشترى نخلاً له ثمر مؤبرة فثمره للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري، ومن اشترى عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري» ^(٢) وبه يأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: الثمرة للمشتري وإن لم يشترط، لأن ثمرة النخل من النخل.

(١) زاد السرخسي النخل للمشتري والثمره للبائع إلخ.

(٢) أخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن أبي الربيع عن جابر وعنه: «من باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال فثمرته والمال للبائع إلا أن يشترط المشتري». وأخرجه الحارثي وابن خضرو وطلحة بن محمد وابن المظفر والأشعري والكلاعي أيضاً. وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً في مسنده عنه. وأخرجه الحارثي والأشعري والقصبي أبو بكر عنه عن أبي الربيع عن جابر بلفظ: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع». وأخرجه أبو يوسف في آثاره بلفظ: «من باع نخلاً مؤبراً أو عبداً فثمر النخل ومال العبد للمبتاع إلا أن يشترط المبتاع». وأخرجه الشيخان عن ابن عمر بلفظ: «من باع نخلاً مؤبراً فالثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

(٣) قال السرخسي: وبه أخذ محمد -رحمه الله-، ثم قال: وقال أبو يوسف: إن اشترى الأرض بحقوقها أو مرافقها دخل الثمار في المقدر إلا لم تدخل. فأما على قول محمد وهو قول أبي حنيفة، لا تدخل الثمار إلا بالتخصيص عليها، سواء ذكر الحقوق أو لم يذكر، بمرلة المبتاع في الأرض. وحكي أن أبا يوسف رحمه الله كان أملى هذه المسألة على أصحابه وكان محمد حاضراً في المجلس فلما ذكر هذا القول قال محمد رحمه الله في نفسه: ليس الأمر كما يقول، فإداه المستطلي هنا من يخالفك رحمك الله! فقال: من هو؟ فقال: محمد بن الحسن. فقال أبو يوسف: ما تصنع بقول رجل قعد عن العلم! أي ترك الاختلاف إنباء، فسكت محمد ولم يجبه احترفاً له. قلت: ولم يذكر هذا التفصيل هنا في المتن فلمعه اختاره بعد تصنيف هذا الكتاب، والله أعلم.

* روى البخاري (٧٦٧/٢، ٧٦٨، ٨٣٨، ٩٦٨)، ومسلم (١١٧٢/٣) وابن أبي شيبة في المصنف (٤/٥٠٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٦/٤)، ومختصر اختلاف العلماء (٩٥/٣).

باب الاختلاف في العيب

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل من الرجل الدابة أو الدابة أو الثوب أو غير ذلك فوجد المشتري به عيباً وقال: بعني وهذا العيب به فأكر ذلك البائع، فعلى المشتري البينة. فإن لم تكن له بينة فعلى البائع اليمين بالله لقد باعه وما هذا العيب به، فإن قال البائع: أنا أرد اليمين عليه، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أرد اليمين عليه ولا يحولها^(١) عن الموضع الذي وضعها رسول الله ﷺ. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول مثل قول أبي حنيفة رحمته، إلا أنه إذا اتهم المدعي رد اليمين عليه فيقال: أحلف وردها، فإن أبي أن يحلف لم يقبل منه وقضى عليه.

قال: وإذا باع الرجل شيئاً برئ من كل عيب، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: البراءة من كل ذلك جائزة ولا يستطيع المشتري أن يردّه بعيب كائناً ما كان. ألا ترى أنه لو أبرأه من الشجاج برئ من كل شحة، ولو أبرأه من القروح برئ من كل قرحة؟ وهذا نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يبرأ من ذلك حتى يسمي العيوب كلها بأسمائها، ولم يذكر أن يضع يده عليها^(٤).

قال: وإذا اشترى الرجل دابة أو خادماً أو داراً أو ثوباً أو غير ذلك فادعى فيه رجل دعوى، لم يكن للمدعي على دعواه بينة فأراد أن يستحلف المشتري الذي في يديه ذلك المتاع على دعواه، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: اليمين عليه ألبتة: بالله ما لهذا فيه حو. وجهنا نأخذ^(٥) وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه أن يحلف بالله ما يعلم أن لهذا فيه حقاً.

قال: وإذا اشترى المشتري شيئاً^(٦) على أن البائع بالخيار شهراً أو على أن المشتري بالخيار شهراً، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: البيع فاسد ولا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام. بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول: «من اشترى شاة محفلة فهو بحير النظرين ثلاثة أيام

(١) قوله «ولا يحولها» إلخ أي لا يعتر تقسيم الشيء ﷺ حيث جعل البينة على المدعي والبيع على المدعي عليه.

(٢) وهو قول محمد بن الحسن أيضاً.

(٣) وهو قول أبي حنيفة. والمسألة في ص ٩٥ ج ١٣ من مسوط السرخسي.

(٤) روى أصحاب المناقب في ماطرة حرت بينه وبين الإمام بين يدي مصور الخليفة أنه كان منهبه. أنه لا يبرأ حتى يضع يده على العيب وماء الإمام أبو يوسف بقوله: ولم يذكر إلخ

(٥) وهو قول محمد أيضاً كما في المسوط.

(٦) كذا في الأصل ولعله تصحيف (شيئاً).

إن شاء ردها وردَّ معب صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير»^(١) «لجعل الحار كله على قول رسول الله ﷺ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: الخيار جائر شهراً كان أو سنة. وبه يأخذ^(٣).

قال: وإذا اشترى الرجل يماً^(٤) على أن النائع بالخيار يوماً وقصه المشتري مهلك عنده، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: المشتري صامس بالقيمة لأنه أخذه على بيع. وبه يأخذ^(٥). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو أمين في ذلك لا شيء عليه فيه. ولو أن الخيار كان للمشتري فهلك عنده فهو عليه بثمن الذي اشتراه به في قولهما.

قال: وإذا اشترى الرجل الحارية فباع بصفها ولم يبع النصف الآخر ثم وجد بها عباً قد كان البائع دلسه له، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يستطيع أن يرد ما بقي منها ولا يرجع بها بقصها العيب، ويقول^(٦): رد الحارية كلها كما أخذتها وإلا فلا حق لك. وبه يأخذ^(٧). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: يرد ما في يده منها على البائع بقدر شئها^(٨). وكذلك

(١) أخرجه الحافظ ابن المطهر وابن خسرو من طريقه عن زر عن إمام عن المهتم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه ولقطه «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها ردَّ معها صاعاً من تمر لا سراء» وأخرجه مسلم هكذا إلا أنه قال: «من ابتاع» وأخرجه الطحاوي من طريق هشام وحبيب عن ابن سيرين. وأخرجه من طريق سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مثله بلفظ «من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام فإن شاء أسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر» وروي هذا الحديث من طرق آخر ولم يذكر فيها خيار المشتري وقتاً. أخرجه مسلم والبخاري والطحاوي وغيرهم.*

(٢) قال السرخسي في المبسوط ص ٣٨ ح ١٣ بعدما ذكر الحديث: فيه دليل جواز اشتراط الخيار في البيع. والمراد خيار الشرع، ولهذا قدره بثلاثة أيام. وذكر التحميل لبيان السبب الداعي إلى شرط الخيار. والخصم: التي اجتمع اللبس في صرعها. والجهل: هو المجمع اهـ أي قال بالخيار حسب ما قدره ﷺ بقوله «ثلاثة أيام».

(٣) وهو قول محمد أيضاً كما في المبسوط ص ٤١ ح ١٣.

(٤) كنا في الأصل ولعله تصحيف شيئاً.

(٥) وهو قول محمد أيضاً. أمدده السرخسي في مبسوطه ص ٤٦ ج ١٣.

(٦) كنا في الأصل يعني يقول له.

(٧) وبه أخذ محمد أيضاً.

(٨) وفي المبسوط ج ١٣ ص ١٠١ وقال ابن أبي ليلى: له ذلك «أي رد ما بقي منها» إلا أن يشاء البائع أن يرد عليه قصاص العيب إلخ.

* روى البخاري (٧٥٥/٢)، وأبو عوادة في مسنده (٢٧٩/٣)، وعد الرراق في المصنف (١٩٨/٨)، بلفظ (عملة). ورواه مسلم (١١٥٨/٣) وابن أبي شيبة (٤٦٠/٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٨، ١٧/٤)، بلفظ (مصراه). ورواه الطحاوي (١٩/١٤)، والبيهقي (٣٢٠/٥) بلفظ (انتاع)

قولهما^(١) في الثياب وفي كل بيع^(٢).
قال: وإذا اشترى الرجل عبداً واشترط فيه شرطاً أن يبيعه من فلان أو يهبه لفلان أو على أن يعتقه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: البيع في هذا فاسد. وبه تأخذ^(٣). وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رحمته الله نحو من ذلك^(٤) وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والشرط باطل.

قال: وإذا كان رجل على رجل مال من [شئ]^(٥) بيع فحل المال فأخره عنه إلى أجل آخر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: تأخير جائر وهو إلى الأجل الآخر الذي أخره عنه^(٦) وبه تأخذ^(٧). وكان ابن أبي ليلى يقول: نه أن يرجع في ذلك إلا أن يكون ذلك على وجه الصلح بينهما.

قال: ولو أن رجلاً كان له على رجل مال فتغيب عنه المطلوب حتى حط^(٨) عنه بعد ذلك المال على أن يعطيه بعضه ثم ظهر له بعد. فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ما حط عنه من ذلك المال فهو جائز. وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع فيما حط عنه لأنه تغيب عنه^(٩)

(١) أي قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

(٢) وفي بيع بعض الطعام روايتان عن أبي يوسف ومحمد في رواية يرد ما بقي، لأنه لا يصره التبعيض ولكنه لا يرجع بقصان العيب فيما إذا باع اعتباراً للبعث بالكل، وفي رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة. وأما إذا أكل بعضه ففي رواية عنهما يرجع بقصان العيب في الكل. لأن الطعام في حكم شيء واحد يرد بعضه بالعيب. وأكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بقصان العيب فأكل البعض أولى، وفي الرواية الأخرى يرد ما بقي ويرجع بقصان العيب فيما أكله - من المبسوط (ص ١٠٢ ج ١٣)

(٣) وبه أخذ الإمام محمد بن الحسن أيضاً - أفاده السرخسي في مبسوطه (ج ١٣ ص ١٣).

(٤) أخرجه الإمام محمد في الآثار عن الإمام عن أبي العطف عن الزهري أن عبد الله بن مسعود رحمته الله اشترى جارية من زوجته زينب الثقفية واشترطت عليه أنه إن استعصى عنها فهي أحق بها بثمنها، فلفي عمر بن الخطاب رحمته الله فذكر له فقال: ما يعجنني أن تقرها ولأحد فيها شرط. فرجع عبد الله ردها. قال محمد: وبه تأخذ. كل شرط كان في بيع ليس فيه مفعة للائع أو المشتري أو للجارية فهو فاسد. وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً في مسنده وابن عسرو من طريقه. وأخرجه السهقي في مسنده ص ٣٢٦ من طريق مالك عن ابن شهاب (الزهري) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن عبد الله - الحديث.

(٥) زيادة من مبسوط الإمام السرخسي.

(٦) زاد في المبسوط: وليس له أن يرجع عنه.

(٧) وهو قول محمد رحمته الله - أفاده السرخسي.

(٨) وفي المبسوط: حتى حط الطالب بعضه ثم ظهر لم يكن له أن يرجع فيما حط عنه

(٩) ونسخت المبسوط: لأنه كان مضطراً في هذا الخط.

ولو أن الطالب قال: إن طهر لي ثله مما عليه كذا وكذا، لم يكن قوله هذا يوجب عليه شيئاً في قولهم جميعاً.

قال: وإذا باع الرجل الرجل بيعاً إلى العطاء^(٢)، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول في ذلك: البيع فاسد. وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والمال حال. وكذلك قولهما في كل مبيع إلى أجل لا يعرف، فإن استهلكه المشتري فعليه القيمة في قول أبي حنيفة رحمته الله، وإن حدث به عيب رده ورد ما نقصه العيب، وإن كان قائماً بعيه فقال المشتري: لا أريد الأجل وأنا أقصد لك المال، جاز ذلك له في هذا كله في قول أبي حنيفة. وبه يأخذ^(٣).

باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها*

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل شراً قبل أن يطلع من أصناف العلة كلها^(٤)، فإن أبو حنيفة رحمته الله قال: إذا لم يشترط ترك ذلك الثمر إلى أن يبلغ فإن البيع جائز، ألا ترى أنه لو اشترى قصيلاً^(٥) يقضه على دوابه قيل أن يبلغ كان ذلك جائزاً؟

قال: ولو اشترى شيئاً من الطلع^(٦) حين يخرج فقطعه كان جائزاً.

وإذا اشتراه ولم يشترط تركه فعليه أن يقطعه، فإذا استأذن صاحبه في تركه فأذن له في ذلك فلا بأس بذلك، وبه يأخذ^(٧). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا خير في بيع شيء من ذلك حتى يبلغ، ولا بأس^(٨) إذا اشترى شيئاً من ذلك قد بلغ أن يشترط على

(١) لم يذكر السرخسي خلافاً في هذه المسألة.

(٢) وفي المسوط ص ٢٧ ح ١٣: وإن اشترى الرجل شيئاً إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى العطاء أو إلى جدد الخيل أو رجوع الحاج، فهذا كله باطل. بلما نحو ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) وهو قول محمد رحمته الله.

(٤) وفي المسوط من أصناف الثمار كلها.

(٥) قال في المغرب: القصل: قطع الشيء، ومنه: العصيل وهو الشعر يجر أخضر لعلف المواب. والعقهاء يسمون الررع قبل إدراكه قصيلاً وهو مجاز.

(٦) الطلع: ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق. وأطلع الخيل: خرج طلعه. وانكم بالكسر والضم: علاف الثمرة - معرب.

(٧) وبه أخذ محمد بن الحسن - أعاده السرخسي.

(٨) وعبر في المسوط عن هذه المسألة باللفظ الآتي: فإن كانت الثمار قد بلغت يعني انتهى عظمها واشترها بشرط الترك إلى أجل معلوم، فالعقد داسد عندنا. وقال ابن أبي ليلى: للعقد صحيح.

البايع تركه إلى أجل. وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول: لا خير في هذا الشرط. قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها نخل فلم يذكر النخل ولا الحمل، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: النخل للمشتري تبعاً للأرض، والثمرة للبائع إلا أن يشترط المشتري. بلعاً عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من اشترى نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يستثنيه المشتري»^(١). وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثمرة للمشتري^(٢). قال: وإذا اشترى الرجل مائة ذراع مكسرة^(٣) من دار غير مقسومة أو عشرة أجربة^(٤) من أرض غير مقسومة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في ذلك كله: البيع باطل، ولا يجوز لأنه لا يعلم ما اشترى كم هو من الدار، وكم هو من الأرض، وأين موضعه من الدار والأرض. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو جائز في البيع. وبه يأخذ^(٥). وإن كانت الدار لا تكون مائة ذراع، فالمشتري بالخيار إن شاء ردها، وإن شاء رجع بما نقصت الدار على البايع^(٦) في قول ابن أبي ليلى.

(١) وقد مر الحديث قبل ذلك ومر نحرجه.

(٢) هذه المسألة مكررة، وقد مر في أول الكتاب ليس بينهما فرق إلا في بعض الألفاظ.

(٣) قال الإمام السرخسي: المكسرة: المعروفة من الذراع بين الناس، سببت مكسرة لأنها كسرت من ذراع الملك قبضة.

(٤) الأجرة جمع الجريب وهو ستون ذراعاً في ستن. قال قدامة في كتاب الخراج الأشد إذا ضرب في مثله فهو الجريب. والأشد طول ستين ذراعاً والذراع ست قبضات، والقبضة أربع أصابع، قال: وعشر هذا الجريب يسمى قميراً، وعشر هذا القفيز عشرين فالفيز عشرة أعشراء، وهي حصة وعشرون رطلاً - مغرب.

(٥) وبه أخذ الإمام الرباعي محمد بن الحسن الشيباني. أماده في الميسر.

(٦) قال الإمام السرخسي في مبسوطه (ج ٣٠ ص ١٣٦) ثم إذا حاز العقد عندهم فإن كانت مائة ذراع فهي للمشتري، وإن كانت مائتي ذراع فالمشتري يكون شريكاً بقدر مائة ذراع، وإن كانت دون مائة ذراع فالمشتري أن يردّها إن شاء لتعير شرط العقد عليه وإن شاء أخذها بحصتها من الثمن لأنه سمي حصة الثمن بمقابلة مائة ذراع، فإذا لم يسلم له إلا خمسون ذراعاً لم يكن عليه إلا نصف الثمن. وهذا بخلاف ما لو اشترى الأرض على أنها مائة ذراع فوجدها خمسين ذراعاً واختار أخذها لزمه جميع الثمن. لأن هناك الثمن بمقابلة العين، وذكر الذراع على وجه بيان الصفة، وهذا الثمن بمقابلة ما سمي من الذراع ها لبيان مقدار المفقود عليه، فإذا لم يسلم له إلا نصف المسمى لا يلزمه إلا نصف الثمن، كما لو اشترى عشرة أفراس حطة فوجدها خمسة أفراس.

قال: وإن كانت الأجام^(١) خطورة وقد حظر^(٢) فيها سمك فاشتره رجل فإنه حبيمة^(٣) كان يقول: لا يجوز ذلك. بلغنا عن ابن مسعود^(٤) أنه قال: لا تشتروا السمك في الماء فإنه عرر. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب^(٥) وأبراهيم السحبي^(٦) وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: شراؤه حائز لا بأس به. وكذلك بلغنا عن عمر بن عبد العزيز^(٧).

قال: وإذا حبس الرجل في الدين وفلسه انقاضي فباع في السحن واشترى وأعتق أو تصدق بصدقة أو وهب هبة، فإن أبا حنيفة^(٨) كان يقول: هذا كله جائز، ولا يباع شيء من ماله في الدين، وليس بعد التمليس شيء إلا ترى أن الرجل قد يئس اليوم ويصيب غداً مالاً؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا عتقه ولا هبته ولا صدقه بعد التمليس، فيبيع ماله ويقضيه الغرماء، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى مثل قول ابن أبي ليلى ما خلا العاقبة في الحجر، وليس من قبيل التمليس ولا نجبر شيئاً سوى العتاقة من ذلك أبداً حتى يقضي دينه^(٩).

قال: وإذا أعطى الرجل الرجل متاعاً يبيعه ولم يسم بالثقة ولا بالنسيئة فباعه

(١) الأجمة: الشجر الملتصق، والجمع أجام وأجام. وقولهم. بيع السمك الأجمة يريدون البطيخة التي هي مبت القصب أو اليراع - مغرب. والبطيخة: مسيل واسع فيه رمل ودقاق الحصى، واليراع: واحدة يراعة القصب، والقصة التي يمش فيها الراعي.

(٢) الحظر: المنع، ومنه حظيرة الإبل - مغرب.

(٣) أما حديث ابن مسعود فأخرجه البيهقي من طريق أحمد بن حنبل عن عماد سماك عن يزيد بن أبي رباد عن المسيب بن رافع عن عبد الله بن مسعود مرفوعاً: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه عرر» قال: فيه إرسال، والصحاح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفاً على عبد الله. ورواه أيضاً صفيان الثوري عن يزيد موقوفاً على عبد الله: أنه كره بيع السمك في الماء. وأخرجه أبو يوسف في الخراج عن يزيد عن المسيب عن عبد الله موقوفاً: «لا تبيعوا السمك في الماء فإنه عرر».

وأما حديث عمر^(٤) فأخرجه هو أيضاً في خروجه عن العلاء بن المسيب بن رافع عن الحفارت العكلي عن عمر بن الخطاب^(٥) أنه قال: «لا تبيعوا السمك في الماء فإنه عرر». وأما حديث إبراهيم فأخرجه عماد في آثاره عن الإمام عن حماد أنه كان يكره بيع صيد الأجام وقصبتها.

(٤) أخرجه أبو يوسف في خروجه ومحمد في آثاره عن الإمام عن حماد قال: طلعت إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الأجام، فكتب إليه عمر أن لا بأس به وسماه الخبس وأخرجه أبو يوسف أيضاً بطريق آخر. وأخرج جواره عن علي^(٦) أيضاً.

(٥) قلت: وبه قال محمد أيضاً كما ذكره السرخسي في مسوطه ج ٣ ص ١٢٧ قال: إلا أن عبد أبي حنيفة لا سعاية على العبد، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يلزم اسماعية في قيمته لغرماء. وهو بناء على مسألة الحجر بسبب الدين، وقد بينا ذلك في كتاب الحجر

اختلاف أبي حنيفة وأبن أبي ليلى

بالنسبة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو جائز^(١). وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والمأمور صامن لقيمة المتاع حتى يدفعه لرب المتاع، فإذا خرج الثمن من عند المشتري وفيه فصل عن القيمة، فإنه يرد ذلك المضل على رب المتاع، وإن كان أقل من القيمة لم يصمن غير القيمة الماضية، ولم يرجع البائع على رب المتاع بشيء، والله تعالى أعلم.

قال: وإذا اختلف البيعان فقال البائع: يعتك وأنا بالخيار، وقال المشتري: بعني ولم يكن لك خيار، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القول قول البائع مع يمينه^(٣). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: القول قول المشتري. وبه نأخذ.

قال: وإذا باع الرجل جارية بجارية وقبض كل واحد منهما ثم وجد أحدهما بالجارية التي قبض عينا، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يردّها وبأخذ جاريته لأن البيع قد انتقض. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقول: يردّها وبأخذ قيمتها صحيحة، وكذلك قولهما في جميع الرقيق والحيوان والعروض.

قال: وإذا اشترى الرجل بيعا^(٥) لغيره بأمره فوجد به عيبا، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يحاصم المشتري ولا نيالي أحضر الأمر أم لا، ولا نكلف المشتري أن يحضر الأمر، ولا يرى على المشتري يمينًا إن قال البائع [إن]^(٦) الأمر قد رضي بالعيب. وبه نأخذ^(٧). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يستطيع المشتري أن يرد السلعة التي بها العيب حتى يحصر الأمر فيحلف ما رضي بالعيب، ولو كان غائبا بغير ذلك البلد. وكذلك الرجل معه مال مضاربة أتى بلاذا يتجر فيها بذلك المال، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ما اشترى من ذلك فوجد به عيبا فله أن يردّه ولا يستحلف على رضا الأمر بالعيب. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يستطيع المشتري المضارب أن يرد شيئا من ذلك حتى يحضر

(١) راد في المبسوط: ولا صمان على البائع.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضا - أماده في المبسوط.

(٣) كذا ها وفي باب الخيار في البيع من المبسوط خلاف هذه المسألة قال: «وإذا اختلف البائع والمشتري في اشتراط الخيار فالقول قول الذي يمينه مهما» فاللاني ها هو المشتري دون البائع ولم تذكر هذه المسألة في كتاب الاختلاف من المبسوط، والله أعلم.

(٤) وهو قول محمد أيضا كما في المبسوط.

(٥) وفي المبسوط ذكرت هذه المسألة في (ص ١٢٠ ح ١٢) وفرض المسألة في جارية.

(٦) زيادة من المبسوط.

(٧) وبه أخذ صاحبه أيضا.

رب المال فيحلف بالله ما رضى بالعيب وإن لم ير الماع وإن كان عائثاً، أرايت^(١) رجلاً
امر رجلاً فباع له متاعاً أو سلعة فوجد المشتري به عيباً أيحاصم البائع في ذلك أو نكفه
أن يحضر الأمر رب المتاع؟ ألا ترى أن حصصه في هذا البائع ولا نكفه أن يحضر الأمر
ولا خصومة بينه وبينه، فكذلك إذا أمره فاشترى له فهو مثل أمره بالبيع، أرايت لو
اشترى متاعاً ولم يره أكان للمشتري الخيار إذا رآه أم لا يكون له خيار حتى يحضر الأمر؟
أرايت لو اشترى عيباً فوجده أما كان له أن يردّه بهذا حتى يحصن الأمر؟ بلى له أن يردّه
ولا يحضره الأمر.

قال: وإذا باع الرجل ثوباً مرابحة على شيء مسمى فباع المشتري الثوب ثم وجد
البائع قد خافه في المراجعة وزاد عليه في المراجعة، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: السع جائز
لأنه قد باع الثوب، ولو كان عنده الثوب كان له أن يردّه ويأخذ ما نقد إن شاء ولا يحطه
شيئاً. وكان ابن أبي ليلى يقول: تحط عنه تلك الحياة وحصتها من الربح. وبه تأخذ.

قال: وإذا اشترى الرجل لرجل سلعة فظهر فيها عيب^(٢) قل أن ينقد الثمن، فإن
أبا حنيفة رحمته كان يقول: له أن يردّها إن أقام البينة على العيب. وبه تأخذ^(٣). وكان ابن
أبي ليلى - رحمه الله - يقول: لا أقبل شهوداً^(٤) على العيب حتى ينقد الثمن.
قال: وإذا باع الرجل على ابنه وهو كبير داراً أو متاعاً من غير حاجة ولا عنبر،
فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: ولا يجوز ذلك على ابنه. وبه تأخذ^(٥). وكان ابن أبي ليلى
يقول: يبعه عليه جائز.

قال: وإذا باع الرجل متاعاً لرجل والرجل حاضر ساكت، فإن أبا حنيفة رحمته كان
يقول: لا يجوز ذلك عليه، وليس سكوته إقراراً بالبيع. وبه تأخذ^(٦). وكان ابن أبي ليلى
يقول: سكوته إقرار بالبيع.

(١) هذه الحجة حجة للإمام أبي حنيفة أوردها على ابن أبي ليلى إما أبو يوسف أو محمد، فسقط،
والله أعلم، من الكذب قل قوله «أرايت» شيء نحو قال محمد وكيف يقول ابن أبي ليلى: لا
يستطيع المشتري أن يرد السلعة أرايت إلخ فإذا قدر مثل هذه العبارة يستقيم سياق العبارة. بل
ربما يكون سرد تلك الحجة من الإمام أبي حنيفة نفسه، كما سيأتي بظير لذلك. والله أعلم.

(٢) وفي نسخة المبسوط مضمن فيها بعيب.

(٣) وهو قول محمد - أفاده السرخسي.

(٤) وفي نسخة المبسوط: لا تقبل شهادة شهود.

(٥) وبه أخذ محمد أيضاً.

(٦) وبه قال محمد.

قال: وإذا باع الرجل نصيبًا من داره ولم يسم ثلثًا أو ربعًا أو نحو ذلك أو كد وكده سهمًا، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز البيع على هذا الوجه. وقال أبو يوسف - رحمه الله -: له الخيار إذا علم إن شاء أخذ وإن شاء ترك ^(١). وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقول: إذا كانت الدار بين اثنين أو ثلاثة أجزت بيع المصيب وإن لم يسم، وإن كانت أسهما كثيرة ^(٢) لم يجر حتى يسمي.

قال: وإذا عتم الرجل على شراء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس ذلك بتسليم للبيع حتى يقول: سلمت. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقول: ذلك تسليم للبيع.

قال: وإذا بيع الرقيق والمناع في عسكر الخوارج وهو متاع من متاع المسلمين أو رقيق من رقيقهم ^(٣) قد عليهم عليه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز ^(٤) ويرد على أهله وبه نأخذ ^(٥). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو جائز. وإن كان المتاع قائمًا بعينه والرقيق قائمًا بعينه وقتل الخوارج قبل أن يبعوه رد على أهله في قولهم جميعًا.

قال: وإذا باع الرجل المسلم الدابة من النصراني فادعاهها نصراني آخر ^(٦) وأقام عليها بينة من النصارى، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز شهادتهم، من قبل أنه يرجع بذلك على المسلم ^(٧) وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: شهادتهم جائزة على النصراني ولا يرجع على المسلم بشيء. وبه نأخذ ^(٨).

قال: وإذا باع الرجل بيعًا من بعض ورثته وهو مريض، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز بيعه ذلك إذا مات من مرضه. وكان ابن أبي ليلى يقول: يبعه جائز.

(١) قال الإمام السرخسي: فقد بنا هذه المسألة بوجوهها في آخر الشمعة ولكن هنا ذكر قول أبي حنيفة وحده، وأن البيع جائز إن لم يعلم المشتري بنصيب ابائنه وله الخيار إذا علم به، وذكر هناك قول محمد مع أبي يوسف، فس محمد فيه روايتن. قلت. ومسألة الشمعة في ص ١٨٣ ح ١٤ وقال هناك: قول محمد مضطرب فيه، ذكره في بعض السبع مع أبي يوسف وفي البعض مع أبي حنيفة.

(٢) وفي المبسوط: سهامًا كثيرة.

(٣) وفي المبسوط وذلك من مال أهل العدل.

(٤) وفي المبسوط لم يجر البيع.

(٥) أي وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد أيضًا.

(٦) وفي نسخة المبسوط: فاستحقها نصراني من يد المشتري بينة من النصارى.

(٧) وهو قول محمد أيضًا.

(٨) قال الإمام السرخسي: وقد بنا خلاف أبي يوسف في هذه المسألة في كتاب الشهادات، وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف.

قال: وإذا استهلك الرجل مالا لولده وولده كبير ورجل عبي، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: هو دين على الأب. وبه تأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يكون له دين على أبيه، وما أسهلك أبوه من شيء لابنه فلا ضمان عليه فيه.

قال: وإذا اشترى رجل جارية بعبد وزاد معه مائة درهم ثم وجد بالعبد عينا وقد ماتت الجارية عند المشتري، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول يرد العبد ويأخذ منه مائة درهم وقيمة الجارية صحيحة، فإن كانت الجارية هي التي وجد بها العيب وقد مات العبد، ردت الجارية وقسم قيمة العبد على المائة الدرهم على قيمة الجارية فيكون له ما أصاب المائة الدرهم ويرد ما أصاب قيمة الجارية من قيمة العبد. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: إن وجد بالعبد عينا رده وأخذ قيمته صحيحة. وكذلك الدراهم التي هي في يديه ^(٢).

قال: وإذا اشترى الرجل ثوبين من رجل وقبضهما فهلك أحدهما ووجد بالثوب الآخر عينا فأراد رده فاختلفا في قيمة المالك، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: القول قول البائع مع يمينه. وبه تأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول المشتري.

باب المضاربة*

قال أبو يوسف رحمته: وإذا أعطى الرجل الرجل ثوبا يبيعه على أن ما كان فيه من ربح بينهما نصفان، أو أعطاه دارا يئنها ويؤجرها على أن أجرها بينهما نصفان، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول في ذلك كله: فاسد، وللدبي باع أجر مثله على رب الثوب ولئاني ائدار أجر مثله على رب الدار. وبه تأخذ ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو جائز والأجر والربح بينهما نصفان. وكان ابن أبي ليلى يجعل هذا بمنزلة الأرض للمزارعة والتحل للمعاملة.

قال: وإذا كان مع الرجل مال مضاربة فأدانه ولم يأمره بذلك رب المال ولم يسه،

(١) وبه قال محمد أيضا.

(٢) وفي المبسوط: وكانت الدراهم للذي في يديه.

(٣) وبه يأخذ الإمام محمد أيضا.

(٤) وهو قول محمد أيضا. وهي مسألة باب المضاربة بالعروض، نظيرها في (ص ٣٥ ح ٢٢) من المبسوط.

* انظر المبسوط للسرخسي (٢٢/٢٣)، والجامع الصغير للشماخي (ص ٤٢٥)، واللمحة له (١٠/٣).

فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا ضمان على المصارب، وما أذن من ذلك فهو جائر. وبه تأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقول: المصارب ضامن إلا أن يأتي نالبة أو رب المال أذن له في النسيئة. ولو أقرصه صمن في قولهما جميعاً، لأن القرص لس من المصاربة. حدثنا أبو حنيفة عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري^(٢). عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب عليه السلام أعطى مال يتيم مصاربة فكان يعمل به في العراق ولا يدري كيف قاطعه على الربح^(٣). حدثنا أبو حنيفة عن عبد الله بن علي^(٤) عن العلاء بن عبد

(١) وبه قال الإمام محمد أيضاً، وهي مسألة باب ما يجوز للمصارب في المصاربة من المسوط (ج ٢٢ ص ٣١-٣٩)

(٢) كذا في الأصل. وأخرجه الحافظ طحطا من طريق الإمام أبي يوسف عن الإمام فقال عن عبد الله بن حميد بن عبيد الأنصاري عن أبيه عن جده أن عمر أعطاه مالا مضاربة ليتيم.

وكذا أخرجه ابن خسر عن طريق أبي عمرو بن حبيب عن الإمام.

وأخرجه أبو يوسف في آثاره [ص ١٦٠] ، [٧٣٦] عن الإمام عن حميد بن عبد الله عن أبيه أن عمر - الحديث، فسقط «ابن عبيد». وكذا «عن جده» من أصل الآثار، والله أعلم.

قال في تعجل المصفعة: حميد بن عبيد الأنصاري الكوفي عن أبيه أن عمر دفع إليه مالا مصاربة، وعنه أنه عبد الله، وليث بن أبي سليم وثقه ابن حبان قلت: سمى ابن حبان ابنه عبد الله بن عبد الرحمن. وذكر في ترجمة عبد الله بن حميد، ذكره ابن حبان في الثقات.

وذكره في ترجمة عبيد رواه عنه ابنه حميد. قلت: ذكره ابن حبان في الثقات. قلت: وفي تهذيب التهذيب: عبد الله بن عبيد الأنصاري روى عن سعيد بن جبيرة، وعنه داود بن أبي هند. وقال أبو حاتم: عبد الله بن عبد الأنصاري قال: كتب إلى رجل من بني زريق في المتلاعنين.

قلت: وكذا قال البخاري. وذكر الخطيب أنه وهم قال: وإنما هو عبد الله بن عبيد بن عمير. بين ذلك سفبان اشوري في روايته عن داود بن أبي هند هذا الحديث. قلت ففي الإسناد قب. إما عبد طلحة وابن خسرو، وإما عند أبي يوسف في كتابه كما في التعجل، ولعل الصواب ما ذكره ها وفي الآثار، وكما ذكره في التهذيب، لأن محمداً روى هذا الحديث في كتاب المصاربة من «الأصل» نحو ما رواه أبو يوسف، والله أعلم. وأخرجه ابن أبي شيبة بمثل سد طلحة وابن خسرو فقال: عن عبد الله بن حميد عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب دفع إليه مال يتيم مصاربة فطلب به ما صاب فقاسه الفضل - كنز العمال.

(٣) وفي رواية كتاب المضاربة زاد محمداً له بالعراق، وكان يأتي الخجار فكان يقاسم عمر الربح.

(٤) هو عبد الله بن علي أبو أيوب الإفريقي الكوفي الأزرق، روى عن صفوان بن سليم وعاصم بن مهذلة والزهرى وأبي إسحاق السبيعي وزيد بن أسلم وابن السكدر وجماعة، وعنه موسى بن عقبة من أقرانه ويحيى بن زكريا وعبد الرحيم بن سليمان ومروان بن معاوية ويزيد بن ساد وأبو يوسف القاسمي. ذكره ابن حبان في الثقات. قال ابن معين: ليس به بأس. قلت: روى له أبو داود والترمذي - من تهذيب التهذيب. قلت: موساطة الإمام به وبين أبي يوسف لعلها من الساج.

الرحمن بن يعقوب^(١) عن أبيه^(٢) أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أعطى مالا مقارصة يعني مصارعة^(٣) حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أعطى يزيد بن عبيدة^(٤) مالا مقارصة^(٥).

(١) هو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحرقى، أبو شبل المدني مولى الحرقفة من جهة. روى عن أبيه وابن عمر وأنس وأبي السائب وبعيم طمر وسالم بن عبد الله بن عمر وعمرهم، وعنه ابنه شبل وابن جريج وعبيد الله بن عمر ومن إسحاق ومالك ومسلم الرمي وشعبة والسفيان وغيرهم. روى له الحمسة والبحاري في جرئه. ذكره ابن حبان في الثقات. وقال الواقدي: كان ثقة، كثير الحديث. وقال السائي: ليس به بأس، وكذلك روى عن ابن معين، مات سنة ١٢٩ - من التهذيب.

(٢) هو عبد الرحمن بن يعقوب الجهمي المدني. روى عن أبيه وأبي هريرة وأبي سعيد وابن عباس وابن عمر وهنائى مولى علي، وعنه ابنه العلاء وسالم أبو النصر ومحمد بن إبراهيم التيمي ومحمد بن عثمان ومحمد بن عمرو بن عتبة وعمر بن حفص بن ذكوان، ذكره ابن حبان في الثقات. وقال العجلي: تابعي، ثقة. أخرج له الحمسة والبحاري في جزء القراءة. قلت: أبوه يعقوب روى عن عمر وحذيفة، وعنه ابنه والوليد بن الوليد - من التهذيب.

(٣) أخرجه الإمام محمد أيضاً في كذب المصاربة من «الأصل». وأخرجه مالك أيضاً في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان بن عفان عن أن الربيع بينهما. قلت: فعلم منه أن واسطة جده سقطت هنا. وجده يعقوب هو الذي عمل لسيده عثمان رضي الله عنه. وكذلك أخرجه البيهقي.

(٤) زيد بن خليفة الشكري ذكره ابن حبان في الثقات. وقال البخاري في تاريخه هو والد محمد. قال الشعبي: حدثني زيد بن خليفة أنه لقي هرم بن حبان العبدي وابن مسعود رضي الله عنهما.

(٥) وأخرجه هو في آثاره أيضاً والإمام محمد أيضاً في المصاربة من «الأصل» وابن خسر في مسنده من طريق الحسن بن زياد عنه مفصلاً.

* انظر تلخيص الحبير (٥٨/٣)، ونصب الراية (١١٥/٤).

باب السلم*

قال أبو يوسف: وإذا كان لرجل على رجل طعام أسلم إليه فيه يأخذ بعض طعامه وبعض رأس ماله، فإن أيا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو جائز بلقيا عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: ذلك المعروف الحسن الجميل^(١)، وبه تأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا أخذ بعض رأس ماله فقد فسد السلم ويأخذ رأس ماله كله^(٣). قال: وإذا أسلم الرجل في اللحم، فإن أيا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا خير فيه لأنه غير معروف، وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا بأس به. ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى وقال: إذا بين مواضع اللحم فقال: أفخاد وجنوب ونحو هذا. فهو جائز^(٤).

(١) أخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن أبي عمر عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه قال في الرجل يأخذ بعض سلمه ويأخذ بعض رأس ماله فقال: «لا بأس به ذلك المعروف الحسن الجميل». وأخرجه الإمام محمد في الآثار والحسن بن زياد في مسنده نحوه. وأخرجه ابن خسر وأيضاً من طريق الحسن. وأخرجه طلحة بالسند المذكور عن ابن عباس مرفوعاً «إذا أخذ الرجل بعض رأس المال وبعض سلمه فلا بأس به».

(٢) وهو قول محمد أيضاً - أئده السرخسي في (ص ١٣٠ ح ١٢) من المبسوط قال الإمام السرخسي: وحجتنا في ذلك أن أخذ رأس المال إقاله ولو أقاله في الكل جاز فكذلك إذا أقاله في البعض يجوز أيضاً كما في بيع العين.

(٣) قلت: وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما - كما ذكره السرخسي، واستدل هو بقوله عليه السلام «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» وتأويل الحديث أن المبي عن أخذ شيء آخر سوى رأس المال والسلم فيه، وإنما يكون ذلك عند الاستبدال أئده السرخسي.

(٤) قال الإمام السرخسي في مبسوطه (ج ١٢ ص ١٣٧): ولا خير في السلم في اللحم لأنه مختلف في قول أبي حنيفة، ولا بأس به في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا أسلم في موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز، وقيل لا خلاف بينهما وبين أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزان ذلك، وجوابهما فيما إذا بين منه موضعاً، وأبو حنيفة يجوز ذلك.

والأصح أن الخلاف ثابت وأن عبد أبي حنيفة لا يجوز السلم فيه وإن بين منه موضعاً معلوماً. وجه قولهما أنه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات، ويبدل الوصف أن الناس اعتادوا بيعه ورتنا ويجوز استقراضه ورتنا ويجري فيه الربا بعلة الوزن الخ. ولأبي حنيفة طريقان: أحدهما أن اللحم يشتمل على ما هو المفصود وعنى ما ليس بمفصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمفصود منه، ألا ترى أنه تخرى السماكسة بين البائع والمشتري في ذلك؟ فالمشتري يطالبه بالسرع والبائع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة: والمساومات بينهما لا

* انظر: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط بن الجوري (ص ٤٩٩، ٥١٤) طبع دار الكتب العلمية - بيروت.

باب الشفعة *

قال أبو يوسف رحمه الله : إذا تزوجت امرأة على شقص من دار، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا شفعة في ذلك لأحد. وبه يأخذ ^(١) وكان ابن أبي ليلى يقول: بالشفعة بالقيمة وتأخذ المرأة قيمة ذلك منه. وقال أبو حنيفة رحمه الله: كيف يكون ذلك وليس هذا شراء يكون فيه شفعة إنما هذا نكاح؟ أرايت لو طلقها قبل أن يدخل بها كم للشفيع منها، وم يأخذ بالقيمة أو بالمهر؟ وكذلك إذا اختلعت بشقص من دار في قولهما جميعاً

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل داراً وبني فيها بناء ثم جاء الشفع يطالبها بالشفعة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يأخذ الشفع الدار ويأخذ صاحب البناء المص. وبه يأخذ ^(٢).

ترتفع بيان الموضع وذكر الوزن بخلاف السوى الذي في التمر والمنازعة لا يجري في ربح ذلك، وكذلك العظم الذي في لأية. وعلى هذا الطريق إذا أسلم في لحم مزروع العظم يجوز عد أبي حنيفة وهو اختيار ابن شجاع، والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على العظم والفرار، ومقاصد الناس في ذلك مختلفة، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة. وبقعة الكلال وبكثرة الكلال، والسلم لا يكون إلا موجلاً فلا يلزم أعند حلول الحول على أي صفة تكون؟ وهذه الجفالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض. فانقرض لا يكون إلا حالاً، وفي الحال صفة السبس والفرار معومة، وبخلاف الشحم والآلية فالنفاوت فيها من حيث القلة والكثرة، ويذكر الوزن يروى ذلك وعلى هذا الطريق مروع العظم (وعيره) سواء وهو الأصح.

(١) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في باب المهور من كتاب النكاح من مسوط الرخسي ج ٥ ص ٧٨ قال: وعندما وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال مطلق، والبصع ليس بمال مطلق فكان المملوك صدقاً بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة. وهذا لأن الشفع إنما يتصدق بشئ السب الذي به تملك المشتري، فإن الشرع قدم الشفع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك النسب لا في إنشاء سبب آخر، ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لأنه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً آخر غير السبب الذي تملك به المتسلط، وكذلك إذا المرأة إنما ملكت الدار بالنكاح صدقاً ولو أخذها الشفع كان شراء فكان سبباً آخر، بخلاف ما إذا اشتراها بعبد فإن الشفع يأخذها بمثل ذلك السبب لأن الغراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق.

(٢) وبه يأخذ صاحبه

* انظر : وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط ابن الخوري (ص ٥١٩، ٥٢٥) ط العيسى بيروت.

وكان ابن أبي ليلى يجعل الدار والبناء للشفيع ويجعل عليه قسمة الساء ومن الدار الذي اشتراها به صاحب الباء وإلا فلا شفعة له^(١).
قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً أو داراً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لصاحب الشفعة الشفعة حين علم، فإن طلب الشفعة وإلا فلا شفعة له. وبه يأخذ^(٢).
وكان ابن أبي ليلى يقول: هو بالخيار ثلاثة أيام بعد علمه.
قال: وإذا أخذ الرجل الدار بالشفعة من المشتري وبقده الثمن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: العهدة على المشتري الذي أخذ المال. وبه يأخذ^(٣).
وكان ابن أبي ليلى يقول: العهدة على البائع لأن الشفعة وقعت يوم اشترى المشتري للشفيع.
قال: وإذا كانت الشفعة لليتيم، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: له الشفعة. فإن كان له وصي أخذها بالشفعة، وإن لم يكن له وصي كان على شفيعته إذا أدرك، فإن لم يطلب الوصي الشفعة بعد علمه فليس لليتيم شفيعته إذا أدرك، وكذلك الغلام إذا كان أبوه حياً.

- (١) وفي المبسوط: وعلى قول ابن أبي ليلى يأخذ الشفيع الدار والبناء ويعطي الثمن وقيمة الساء إن شاء. وهو رواية عن أبي يوسف.
- (٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في كتاب الشفعة من المبسوط (ج ١٤ ص ١١٦ - ١١٧) قال: واستدل عسائونا في ذلك بقوله رحمته الله: «الشفعة لمن وشها».
- في رواية: «الشفعة كسقطه العقار إن أخذ بها ثبتت وإلا ذهبت» إلخ قال: وإذا علم النفع بالبائع ولم يطلب مكانه فلا شفعة له وفي هذا اللفظ إشارة إلى أن طلب الشفعة بتوقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختبار الكرخي.
- وذكر ابن رستم في نوادره عن محمد أنه إذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالسع يطلب شفيعته، وعلى هذا عامة مشايخنا إلا أن هشاماً ذكر في نوادره أنه إذا سكت هيبه ثم طلب فهو على شفيعته ما لم يتطاول سكوته.
- وكذلك إن قال كما سمع: سبحان الله، أو قال الله أكبر، أو قال: خلصني الله من هوان، ثم طلب الشفعة، فهو على شفيعته. وكذلك إذا قال: بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها، بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفيعته، وهو على حقه إذا طلب.
- وقال ابن أبي ليلى: إن طالت إلى ثلاثة أيام فله الشفعة. وقد سفيان. له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفيعته ما لم يطلبها صريحاً أو دلالة، بمرلة سائر الحقوق المستحقة له.
- (٣) وهو قول محمد أيضاً. وهذه المسألة في كتاب الشفعة من مبسوط السرخسي (ج ١٤ ص ١٠١) قال: «وقال ابن أبي ليلى عهدته على النافع في الوجهين جميعاً» أي أحدها من المشتري أو من البائع سواء عده في العهدة.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٤٠٩
وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا شفعة لصغير.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، وهي بعده للشريك الذي قاسم والطريق واحدة بينهما وهي بعده للجائر المملوق. وإذا اجتمع الخياران وكان انصافهم سواء، فهم شركاء في الشفعة^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول بقول أبي حنيفة حتى كتب أبو العباس أمير المؤمنين عليه السلام يأمره أن لا يقضي بالشفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم، فأخذ بذلك وكان لا يقضي إلا للشريك الذي لم يقاسم. وهذا قول أهل الحجاز، وكذلك بلغنا عن علي وابن عباس رضي الله عنهم.

قال: وإذا اشترى الرجل الدار وسمى أكثر مما أخذها به فسلم ذلك الشئ ثم علم بعد ذلك أنه أخذها بدون ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو على شفيعته، لأنه إنما سلم بأكثر من الثمن. وبه نأخذ^(٣).

وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: لا شفعة له لأنه قد سلم ورضي. أخبرنا الحسن بن عمار^(٤) عن الحكم^(٥) عن مجاهد^(٦) عن ابن عباس رضي الله

(١) قال السرخسي: وعلى قول محمد ورفر له الشفعة إذا أدرك، وهو قول ابن أبي ليلى. وقد يراها في الشفعة.

(٢) وهو قول صاحبه. والمسألة في ص ٩٤ ح ١٤ من الميسوط. قال: وهذا أي قول علي وابن عباس قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة إلا أنه قد رجح إليه ابن أبي ليلى الخ وسحق أخذنا بقول عمر.

(٣) هو عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس أبو العباس الملقب باسمه الخاشي العباسي أول خلفاء بني العباس يبيع في سنة ١٣٢. ومات بالأنبار سنة ١٣٦ بالحدري وله ٣٢ سنة. ومدة خلافته خمس سنين إلا ثلاثة أشهر - من دول الإسلام.

(٤) وهو قول صاحبه أيضًا. والمسألة في (ص ١٠٥) من شفعة الميسوط (ح ١٤) مسبوطة مشروحة مثلية. (٥) الحسن بن عمار البجلي مولاهم الكوفي أبو محمد قاضي بهداد روى عن ابن أبي مليكة والحكم، وعنه السفينان والقطان وخلق.

روى له أبو داود وابن ماجه والبخاري تعليقًا. مات سنة ١٥٣ هـ. (٦) الحكم بن عتيبة بمشاة فوفية ثم تحتية مصفرًا الكندي مولاهم، أبو محمد أو أبو عبد الله الكوفي، أحد الأعلام. روى عن أبي حنيفة وعبد الله بن ضمام وأبي وائل وابن أبي ليلى وخلق. وعنه منصور والأعمش ومسلم وأبو حنيفة وشعبة وأبو عروبة وكثيرون. قال المعجلي: ثقة ثبت، من فقهاء أصحاب إبراهيم صاحب سنة. مات سنة ١١٥ هـ عن خمس وستين سنة. قلت: روى له السنة وغيرهم.

(٧) مجاهد بن جبر بإسكان الموحدة مولى السائب أبو الحجاج السكي البصري الإمام المعسر.

عنه وعن الحكم عن يحيى ^(١) عن علي عليه السلام أنهما قالا: «لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم» ^(٢).
أخبرنا الحجاج بن أرطاة ^(٣)، عن عمرو بن شعيب ^(٤)، عن عمرو بن الشريد،
عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «الجار أحق بسقبة ما كان» ^(٥).

- روى عن ابن عباس وأبي هريرة وجابر وعائشة، وقبل لم يسمع منها.
وعنه عكرمة وعطاء وقتادة والحكم وأيوب وخلق، وثقه ابن معين، وأبو زرعة، مات بمكة سنة
اننتين أو ثلاث ومائة وهو ساجد.
ومولده سنة ٢١ هـ. قلت: هو من رواة الصحاح والسنن وغيرها من الكتب.
(١) هو يحيى بن الخزار العربي الكوفي، لقبه زيان. روى عن علي وأبي بن كعب وابن عباس
والحسن بن علي وعائشة وأم سلمة ومسروق وابن أبي ليلى وابن أخي زينب الثقفية.
وعنه الحكم وحبيب بن أبي ثابت وعمرو بن مرة وموسى ابن أبي عائشة وغيرهم. وروى له
لأربعة ومسلم
قال الجوزجاني: كان عالماً موطناً. وقال أبو زرعة والنسائي وأبو حاتم: ثقة، وذكره ابن حبان في
الثقات. من التهذيب.
(٢) وأخرجه الإمام محمد أيضاً في كتاب الشفعة من «الأصل».
(٣) حجاج بن أرطاة أبو أرطاة الحمصي الكوفي، قصي البصرة أحد الأعلام. روى عن يحيى بن أبي
كثير ولم يسمع منه والشعمي وعطاء وعكرمة. وعنه منصور شيخه وشعبة وعبد الرزاق قلت:
وأبو يوسف وخلق.
قلت: روى له الخمسة والبخاري في الأدب.
قال أبو حاتم: إذا قال حدثنا فهو صالح لا يرتاب في حفظه وصدقه. مات سنة ١٤٧ هـ - من
الخلاصة
(٤) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي، أبو إبراهيم المدني، نزيل
الطائف.
روى عن أبيه عن جده وطوس وعن الربيع بنت معوذ وطائفة، وعنه عمرو بن دينار وقتادة
والزهري وأيوب وخلق.
قال القطان: إذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتج به. أخرج له الأربعة والبخاري في جزء فرائده. مات
سنة ١١٨ هـ - خلاصة.
(٥) هو عمرو بن الشريد بن سويد الثقفى أبو الوليد الطائفي.
روى عن أبيه وأبي رافع، وعنه إبراهيم بن ميسرة وبكير بن الأشج، وثقه المعجلي.
روى له الخمسة والترمذي في الشمائل. قلت: وشريد بن سويد الثقفى شهد بيعة السرصوان،
له أحاديث، انفرد له مسلم بحدِيثين. روى عنه ابنه عمرو وأبو سلمة بن عبد الرحمن - من
الخلاصة.
(٦) أخرجه النسائي وابن ماجه والبخاري عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن

أخبرنا أبو حنيفة عن أبي أمية^(١) عن المسور بن عخرمة أو عن سعد بن مالك رضي الله عنهم قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بسقبة»^(٢).

الشريد عن أبيه، ولم يقطعه أن رجلاً قال: يا رسول الله أُرصى ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا لمحوار. يقال: «الحوار أحق بسقبة ما كان»

وأخرجه البخاري عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع.

(١) هو عبد الكريم بن قيس أبو المخارق أبو أمية الصري المعلم. روى عن أنس وعمر بن سعد ابن العاص وطبوس وحسان بن بلال وحيان بن جرة وعبد الله بن الحارث ونافع وأبي الربيع المكي، وعنه عطاء ومجاهد وهب من شيوخه ومحمد بن إسحاق وابن جريج وأبو حنيفة وابن أبي ليلى ومالك وحماد بن سلمة والثوري وإسرائيل وشريك وابن عيينة. روى له البخاري تعليقاً ومسلم متاباً والترمذي والنسائي وابن ماجه وأبو داود في مسائل أحمد، صحيحه. مات سنة ١٢٦.

(٢) قلت: وأخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره أيضاً عن الإمام عن عبد الكريم عن المسور عن أبي رافع وأخرجه الإمام محمد في كتاب الشفعة من «الأصل» وفي كتاب «الحجة» وفي كتاب «الأنار» أيضاً. وفيه عن رافع، وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً عنه في مسنده

وأخرجه أبو محمد الحارثي في مسنده عن الإمام بطرق كثيرة وبين صلواتها من عطفها. وأخرجه ابن الكلبي من طريق الوهي وطلحة بن محمد والقاضي أبو بكر بن خسرو في مسانيدهم عنه

قلت: وأخرجه البخاري عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع، وكذلك الطحاوي عن ابن عينة عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد قال: أتاني المسور بن عخرمة فوضع يده على أحد مكبي فقال: انطلق يا أبا سعد، فأتيت سعد ابن أبي وقاص في داره فحاء أبو رافع فقال للمسور: ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتين في داره؟ فقال سعد: والله لا أريدك على أربعمائة دينار مقطعة أو منجمة. فقال: سبحان الله! لقد أعطيت بهما خمسمائة دينار نقداً، ولولا أبي سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الجار أحق بسقبة» ما بعثك.

قلت: واختلف فيه على الإمام والصحيح ما أخرجه أبو يوسف، ومن أخرج مثله، من ذلك الحارثي. ورافع مولى سعد، ورافع بن خديج وهم. والسقب: القرب، والصاد لعة، وهما مصدران. سقت النار، وصقبت. والصادب: القريب.

ومعنى الحديث: الجار أحق بسقبة: أي أن الجار أحق بالشفعة إذا كان جاراً ملاصقاً. والباء من صلة أحق لا للتسبب - كذا في المعرب *

* رواه النسائي (٣٢٠/٧)، والشافعي في مسنده (١٨٢)، وابن جرير في المستقى (ص ١٦٢)، والترمذي (٦٥٢/٣)، والبخاري (٧٨٧/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٤/٤)، والبيهقي (١٠٥/٦)، والدارقطني (٢٢٢/٤)، وأبو داود (٢٨٦/٣)، وابن ماجه (٨٣٣/٢)، وابن حبان (٥٨٣/١١)، وابن أبي شيبة في المصنف (٦٥٢/٤).

باب المزارعة*

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أعطى الرجل الرجل أرضاً مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع أو أعطى محلاً أو شجرًا معاملة بالنصف، أو أقل من ذلك أو أكثر، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هذا كله باطل^(١) لأنه استأجره بشيء مجهول.

يقول: أرايت لو لم يخرج من ذلك شيء أيس كان عمله ذلك بغير أجر؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: ذلك كله جائز، بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أعطى خبير بالنصف فكانت كذلك حتى قبض، وخلافة أبي بكر رحمه الله، وعامة خلافة عمر رضي الله عنه^(٢). وبه يأخذ.

ولما قياس هذا عندنا مع الأثر، ألا ترى أن الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة بالنصف، ولا بأس بذلك؟ وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعن عبدالله بن مسعود وعن عثمان بن عفان رضي الله عنهما أنهم أعطوا مالا مضاربة^(٣). وبلغنا عن سعد بن أبي وقاص، وعن ابن مسعود رضي الله عنهما أنهما كانا يعطيان أرضهما بالربع

(١) وحجة الإمام حديث جابر رضي الله عنه عن المنخابة والمخالطة والمزابنة. أخرجه مسلم وحديث رافع بن خديج عند مسلم وغيره.**

وحديث ثابت بن الضحاك «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وأمر بالمزاجرة وقال: لا بأس بها» أخرجه مسلم***.

والمخابرة هي المزارعة ومن شاء زيادة الاطلاع فليراجع مبسوط السرخسي، فإنه أكثر في هذا الباب وجاء فيه بما لا يريد عليه.

وأخرج أحاديث الباب وأصحاب السنن، والبيهقي واستوعبها****.

(٢) قلت: أخرجه الشبان والترمذي وابن ماجه من حديث ابن عمر، والطحاوي من حديث ابن عمر وابن عباس وجابر رضي الله عنهم، والبيهقي من حديث ابن عمر وابن عباس وأبو رضي الله عنهم.

(٣) وقد مر ما روي عنهم مع تخريج الآثار.

* انظر: المبسوط للسرخسي (٨٣/٢٣)، وبدائع الصائغ (١٨٠/٦).

** رواه مسلم (١١٧٤/٣، ١١٧٧، ١١٨٤)، والسنائي (٣٧/٧، ٤٨، ٢٦٣، ٢٧٠)، والشافعي في مسنده (ص ١٤٥).

*** رواه مسلم (١١٨٣/٣، ١١٨٤)، والدارمي (٣٥٠/٢).

**** انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية للحافظ (٢٠٥/٢)، وتلخيص الحبير له (٥٩/٣)، ونصب الراية للزيلعي (١٨٠/٤).

(١) أخرج الطحاوي [١١٤ / ٤] ، عن موسى بن طلحة، قال: أقطع عثمان رضي الله عنه نقرًا من أصحاب النبي ﷺ عند الله بن مسعود، والربيع بن العوام، وسعد بن مالك، وأسامة، فكان جاري سهم سعد بن مالك وابن مسعود يدفعان أرضهما بالثلث والرابع. وفي رواية عنه: أقطع عند الله أرضًا* وأقطع سعدًا أرضًا وأنطع خبابًا** أرضًا وأقطع صهيبًا أرضًا مكلا جاري كانا يزارعان بالثلث والرابع. وأخرج عن عمر بن عبد العزيز أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث يحيى بن مية إلى اليمن بأمره أن يعطيهم الأرض البيضاء على أنه إن كان البقر والبدن والحديد من عمره الثلثان ولهم الثلث، وإن كان البقر والبدن والحديد منهم فلعمر الشطر ولهم لشرط، وأمره أن يعطيهم الحقل والكرم على أن لعمر ثلثين ولهم الثلث. وأخرج عن أبي جعفر محمد بن علي أنه قال: كان أبو بكر الصديق رضي الله عنه يعطي الأرض على الشطر.

* انظر: الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي (ص ٤٠، ١٣١، ١٣٣)، ورواه عبد الرزاق في المصنف (٩٩/٨).
** انظر: الاستخراج (ص ١٢٩)
*** رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٢٢/٦).

باب الدعوى والصلح

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا ادعى الرجل الدعوى قبل رجل في دار أو ديس أو غير ذلك فأبكر ذلك المدعي عليه الدعوى ثم صالحه من الدعوى وهو مسكر لذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في هذا جائز. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى لا يجيز الصلح على الإنكار. وكان أبو حنيفة يقول: كيف لا يجوز هذا وأجور ما يكون الصلح على الإنكار؟ وإذا وقع الإقرار لم يقع الصلح.

قال: وإذا صالح الرجل الطالب عن المطلوب والمطوب متغيب، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الصلح جائز. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الصلح مردود لأن المطلوب متغيب عن الطالب. وكذلك لو أقر عه ديناً عليه وهو متغيب كان قولهما جميعاً على ما وصفت لك.

قال: وإذا صالح الرجل الرجل ^(١) أو باع بيعاً أو أقر بدين فأقام البينة أن الطالب أكرهه على ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذلك كله جائز ولا أقل منه بينة أنه أكرهه ^(٢). وبه يأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقل البينة على الإكراه وأرد ذلك عليه. وقال أبو يوسف ^(٤): إذا كان الإكراه في موضع أبطل فيه الدم قلت البينة على الإكراه. وتفسير ذلك أن رجلاً لو شهر على رجل شيئاً فقال: لتقرن أو لأقتلنك فقال: أقل منه البينة على الإكراه وأبطل عنه ذلك الإقرار.

(١) راد السرخسي: عن صلح

(٢) وفي نسخة السرخسي: البينة بأنه أكرهه

(٣) كذا في الأصل. ولظاهر أنه من سهو النسخ لأن قول أبي يوسف يأتي بعد، أو اتفق هو معه في صورة واحدة كما يبه السرخسي، واختلف في أخرى فبینه بقوله: وقال أبو يوسف إلخ.

(٤) وفي المسوط: وقال أبو يوسف وعبد إلخ. قال وهذه تسي على ما يبين في كتاب الإكراه أن عبد أبي حنيفة الإكراه إما يتحقق من السلطان بإكراه الرعية ليس بإكراه. وعندهما يتحقق الإكراه من يكون قادراً على إيقاع ما هدد به، سلطاناً كان أو غيره، فيقولان الثابت بالبينة بالسمائية وهو غائب، أو أكرهه من عامله على ذلك، لم ينتج بموذه عند أبي حنيفة وعندهما ينتج بموذه وكذلك إذا ثبت بالبينة إلا أن عندهما إما تقبل البينة على هذا إذا كان في موضعه بأن يتصور الإكراه من مثله به، وعند ابن أبي ليلى تقبل بينته على ذلك على كل حال لأنه أتت السب البطل للعقده وللدفع بصمة اللوم بالبينة، والثابت بالبينة كالثابت بالهاف الخصم. ولو ساعده الخصم على ذلك بطل الصلح والبيع، وكذلك إذا ثبت بالبينة.

* انظر: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف (ص ٥٥٤، ٥٧١)، (ص ٦٠٠، ٦٠٣)

قال: وإذا اختلف الرجلان إلى القاضي فأقر أحدهما بحق صاحبه بعد ما قاما من عند القاضي وقامت عليه بذلك بينة وهو يجحد ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذلك جائز، وبه يأخذ ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا إقرار لمن خاصم إلا عندي، ولا صلح لهما إلا عدي قال: وإذا اختلف الرجلان على حكم يحكم بينهما ففضى بينهما بقضاء مخالف لرأي القاضي فارتفعا إلى ذلك القاضي، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ينبغي لذلك انقاضي أن يطل حكمه ويستقبل الحكم بينهما. وبه يأخذ وكان ابن أبي ليلى يقول حكمه عليهما جائز.

(١) وهذا متفق عليه عند علمائنا - أفاده السرخسي.

باب الصدقة والهبة *

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدقت أو تركت له من مهرها ثم قالت: أكرهني وجاءت على ذلك بينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا أقبل بيتها وأمصي عليها ما فعلت من ذلك. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: أقبل بيتها على ذلك وأبطل ما صنعت ^(١).

قال: وإذا وهب الرجل هبة وقبضها الموهوب له وهي دار مبناها بقاء وأعظم انتمقة، أو كانت جارية صغيرة فأصلحها أو وضعها حتى شئت وأدركت، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يرجع الواهب في شيء من ذلك ولا في كل هبة زادت عند صاحبها خيراً، ألا ترى أنه قد حدث فيها في ملك الموهوبة له شيء لم يكن في ملك الواهب؟ أرايت إن ولدت الجارية ولدًا كان للواهب أن يرجع فيه ولم يهبه له ولم يملكه قط؟ وبهذا تأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع في ذلك كله وفي الولد.

قال: وإذا وهب الرجل جارية لابنه، وابنه كبير وهو في عياله، فإن أبا حنيفة رحمه الله

(١) قلت: روى الإمام محمد في «الأصل» عن علي رحمه الله قال: إذا وهبت المرأة لزوجها هبة فإن شاءت رجعت فيها إذا هي ادعت أنه استكرهها، وإن وهب هو لم شيئاً فليس له أن يرجع في الهبة. قال السرخسي في ابتداء كتاب الهبة من مبسوطه بعدما نقل هذا الأثر: وليس مراده الفرق بينهما في الرجوع بحكم الزوجية وإنما مراده أن الدعوى من المرأة أنها كانت مكرهة - مسموعة. ومن الروح لا، لاعتبار الظاهر. فالظاهر أن الروح يتمكن من إكراه زوجته، والمرأة لا تتمكن من إكراه زوجها. والظاهر أن المرأة تخاف على نفسها من جهة الروح بما يشق به الإكراه من الصرب والخيس والروح لا يخاف ذلك من جهة امرأته، وفيه دليل أن الهبة من المكره لا تصح لأن شرط صحة الهبة تمام الرضا والإكراه بعدم الرضا. قلت: وهذا دليل ابن أبي ليلى ولم يثبت دليل الإمام وصاحبيه ولا مذهبهم.

(٢) وهي متفق عليها بين علمائنا وهي مذكورة في المبسوط في كتاب الهبة (ج ١٢ ص ٨٣) قال: وهذا إذا كان ما يبي بحيث يعد زيادة، فإن كان لا يعد زيادة كالأري أو يعد نقصاً كالنور في الكاشانة فإنه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عيه. وفي المعرب: الأري: هو المعلق عند العامة، وهو مراد الفقهاء. وتستعار الأوازي بالمكان لما ينحد في الحوانيت من تلك الأحياء للحبوب غيرها كما يستعار بحياض الماء في الحمام. والكاشانة: الطرر وقيل: بيت للصيف بالمصرية كالقبطون الصيفي عندما.

كان يقول: لا تجوز إلا أن يمس. وبه يأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان أحد في عيال أبيه وإن كان قد أدرك فهذه الهبة جائزة. وكذلك الرجل إذا وهب لامرأته قال: وإذا وهب الرجل داراً لرجلين أو متاعاً وذلك المتاع مما يقسم فقضاء جميعاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز تلك الهبة إلا أن يقسم لكل واحد منهما حصته، وكان ابن أبي ليلى يقول: الهبة جائزة. وبه يأخذ^(٢). وإذا وهب ثوباً لواحد وقض فهو جائز. وقال أبو يوسف: هما سواء.

قال: وإذا كانت الدار لرجلين فوهب أحدهما حصته لصاحبه ولم يقسمه له، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الهبة في هذا باطلة ولا تجوز. وبه يأخذ^(٣).

ومن حجته في ذلك أنه قال: لا تجوز الهبة إلا مقسومة معلومة مقبوضة. بلغنا عن أبي بكر رحمه الله «أنه نحل^(٤) عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها جذاذ عشرين وسقاً^(٥) من نحل له بالعالية^(٦) فلما حضره الموت قال لعائشة: إنك لم تكوني قصته وإنما هو مال الوارث^(٧).

(١) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في (ص ٥١ ج ١٢) في كتاب الهبة من المسوط. وسندل فقال: لأنه لا بد من نوع ولاية له لجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وإن كان يعوهم، ألا ترى أن العبي يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عليهم لا يتم ذلك إلا بالإعلام ما لم يسلمه إليه؟ وذكرت المسألة في (ص ٦١) أيضاً من هذا المجلد.

(٢) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في (ص ٦٧ ج ١٢) من المسوط.

(٣) والمسألة متفق عليها وهي في (ص ٦٩ ج ١٢) من المسوط.

(٤) في المغرب: نحله كذا: أي أعطاه بطيبة من نفسه من غير عوض. ومنه حديث أبي بكر رضي الله عنه أنه نحل عائشة رضي الله عنها الخ والحل والحلة: العطية.

(٥) الجذاذ بضم الجيم وبكسرهما وبمعجمتين وبمهملتين: ما قطع من الشيء. قال الرقاعي: هو صعة لشمر من جذ إذا قطع. يعني أن ذلك يجز منها.

وقال الأصمعي: هذه أرض جاد مائة وسق أي يجز ذلك منها. فهو صعة النحل التي وهبها شمر، يريد نحلاً يجز منها عشرون وسقاً، والوسق ستون صاعاً.

(٦) قال المولى علي القاري: أي بقرية من العوالي حول المدسة.

(٧) قلت: أخرجه الإمام محمد في «الأصل» والإمام مالك في «الموطأ» عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: إن أبا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بأعانية، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحب إلي عني بعددي منك، ولا أعر عني فقر منك، وإني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقاً، ولو كنت جددتني واحترتني كان ذلك، فهذا اليوم مال وارث، وإنما هم أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله. قالت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن خارجة أراها جارية، مولدت جارية

فصار بين الورثة لأبها لم تكن قبضته. وكان إبراهيم يقول: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: وإذا كانت أمدار بين رجلين وهب أحدهما لصاحبه نصيبه فهذا قبض منه للهبة، وهذه معلومة وهذه جائزة. وإذا وهب الرجلان داراً لرجل فقبضها فهو حائز في قول أبي حنيفة رحمته الله، ولا يفسد الهبة أنها كانت لثنين. وبه نأخذ.

قال: وإذا وهب الرجل للرجل الهبة وقبضها داراً أو أرضاً ثم عوضه بعد ذلك منها عوضاً وقص الواهب، فإن أباً حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك حائز ولا يكون فيه شفعة. وبه نأخذ ^(١). وليس هذا بمنزلة الشراء. وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا بمنزلة الشراء ويأخذ الشفيع بالشفعة بقيمة العوض. ولا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة بعد العوض في قولهما جميعاً.

قال: وإذا وهب الرجل للرجل هبة في مرضه فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات الواهب، فإن أباً حنيفة رحمته الله كان يقول: الهبة في هذا باطلة لا تجوز. وبه نأخذ. قال: ولا تكون له وصية إلا أن يكون ذلك في ذكر وصيته ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: هي جائزة من الثلث. حدثنا الحجاج بن أرطاة عن عطاء بن أبي رباح ^(٣) عن ابن عباس رضي الله

كذلك أخرجه الطحاوي، وقال فيه: بالغابة. وأخرجه عن حفص بن غياث عن الأعمش عن شقيق عن مسروق: كان أبو بكر الصديق قد أعطى عائشة نحة، فلما مرض قال لها: احطيه في الميراث. وأخرجه البيهقي من طريق مالك ويونس بن يزيد بسند الموطأ والطحاوي ولفظهما، ومن طريق عبد الله بن عمر عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة، ومن طريق حطبة بن أبي سميان عن القاسم عن عائشة رضي الله عنها. *

(١) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في باب الشفعة في الهبة من المجلد (١٤) من المسوط.

(٢) والمسألة متفق عليها عند أصحابنا وهي في ص ١٠٢ من المجلد ١٢ من المسوط.

(٣) عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم الجدي اليماني نزيل مكة، أحد الفقهاء والأئمة. روى عن عثمان وعتاب بن أسيد مرسلًا، وعن أسامة وعائشة وأبي هريرة وأم سلمة وعروة وطائفة. وعنه أيوب وحبيب وجعفر بن محمد وجريز وابن جريح. كان ثقة. عالمًا كثير الحديث، انتهت إليه الفتوى بمكة. وهو من رواة السنة. مات سنة ١١٤

* رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٨/٤)، ومختصر اختلاف العلماء (٢٩٢/٤)، ٤٥٢، والبيهقي في الكبرى (١٦٩/٦).

عنه قال: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة» «أحدثنا الأعمش» عن إبراهيم: «قال الصدقة إذا علمت جازت، والهبة لا تجوز إلا مقبوضة»^(١). وكان أبو حنيفة يثبت يأخذ بقول ابن عباس رضي الله عنهما في الصدقة، وهو قول أبي يوسف جليل.

(١) قال البيهقي: وروى عن عثمان وابن عمر وابن عباس أنهم قالوا: لا تجوز الصدقة حتى تقبض. وعن معاذ وشريح أنها كانت لا يجزئها حتى يقبض. وأخرج عن يحيى بن يعمر عن أبي موسى عن عمر «الإسحال ميراث ما لم يقبض» وحديث أبي بكر في نحلة التمر يدل على ذلك.

(٢) هو سليمان بن مهران أبو محمد الكاهلي مولاهم الكوفي، أحد الأعلام الحفاظ والفراء. رأى أستاذه وروى عن أبي أيوب وأبي بكر وعكرمة وريد بن وهب وأبي رائل وإبراهيم النخعي والتميمي والشعبي وخلقه. وعنه أبو إسحاق والحكم بن شيرين وسليمان التيمي من أنفائه وسفيان وشعبة ورواية وروكع وخلقه. مات سنة ٤٨ هـ عن أربع وثمانين سنة. قلت. هو من رواية الستة والأثبات الحفاظ العدول.

(٣) إبراهيم بن يزيد بن تيس بن الأسود النخعي أبو عمران الكوفي الفقيه، يرسل كثيرًا، وروى عن علقمة والأسود وهمام بن الحارث وأبي عبيدة بن عبد الله ومسروق وأبي وائل وعائشة أم المؤمنين. وقيل يرسل عنها. وعنه الحكم ومصور والأعمش وابن عون وريد وحمام وخلقه. وروى له الستة. كان لا يتكلم إلا إذا سئل. قال المغيرة: كما نهاه كما بهاب الأمير، كان يتوقى الشهرة ولا يجس إلى الأسطوانة قال ابن معين: مراسيل إبراهيم أحب إلي من مراسيل الشعبي. قال ابن عبد البر: «كل من عرف أنه لا يأخذ إلا عن ثقة فدل عليه ومرسله مقبول، مراسيل سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وإبراهيم النخعي عندهم صحاح» وذكر بعد ذلك كلام إبراهيم النخعي الذي خرج الترمذي في العلل من جامعه وهو أن الأعمش قال: «قلت لإبراهيم النخعي أسد لي عن عبد الله بن مسعود، فقال إبراهيم: إذا حدثك عن رجل عن عبد الله فهو الذي سميت، وإذا قلت قال عبد الله فهو عن غير واحد عن عبد الله. ثم قال ابن عبد البر: إلى هذا نزع من أصحابها من رعم أن مرسل الإمام (يعني مالكًا) أولى من مسنده لأن في هذا أحرم ما يدل على أن مراسيل النخعي أقوى من مسابده، وهو لم يرد كذلك إلا أن إبراهيم ليس صحيحًا على غيره» نقله ابن رجب في شرح علل الترمذي. قال الشعبي: ما ترك إبراهيم بعده أعلم منه. مات سنة ٩٦ وقيل ٩٥ وولد سنة ٥٠ وقيل ٤٧ هـ.

(٤) وأخرجه في الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم وعن الإمام عن المهتم عن شرح مثله.

باب في الودیعة *

قال أبو يوسف رحمه الله. وإذا استودع الرجل رجلاً ودیعة فقال المستودع: أمرتني أن أدفعها إلى فلان مددتها إليه، [وقال رب الودیعة: كذبت لم أمرك] ^(١) قال أبو حنيفة رحمه الله: فالقول ^(٢) قول رب الودیعة، والمستودع ضامن. وهذا يأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: المول قول المستودع ولا ضمان عليه وعليه اليمين.

قال: وإذا استودع الرجل الرجل ودیعة فجاء آخر يدعيها معه، فقال المستودع: لا أدري أيكما استودعني هذه الودیعة؟ وأبي أن يحلف لهما وليس لواحد منهما بينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يعطيهما تلك الودیعة بينهما نصفين ويضمن لهما أخرى مثلها بينهما، لأنه أتلف ما استودع بجهالته ^(٤) ألا ترى أنه لو قال: هذا استودعنيها ثم قال: أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفع الودیعة إلى الذي أقر له بها أولاً ويضمن للآخر مثل ذلك ^(٥)؟ لأن قوله أتلفه، وكذلك الأول إنما أتلفه هو بجهله. وهذا يأخذ ^(٦). وكان ابن أبي ليلى يقول في الأول: ليس عليه شيء والودیعة والمضاربة بينهما نصفان ^(٧).

قال: وإذا استودع الرجل ودیعة فاستودعها المستودع غيره [في غير عياله] ^(٨) فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو ضامن لأنه خالف وهذا يأخذ ^(٩). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه.

(١) زيادة من كتاب الودیعة من «الأصل».

(٢) وفي بعض نسخ «الأصل» في كتاب الودیعة: فإن أب حنيفة كان يقول القول، والباقي سواء.

(٣) وفي بعض نسخ «الأصل» به يأخذ أبو يوسف ومحمد.

(٤) وفي نسخة بجهله.

(٥) وفي نسخة مثلها.

(٦) وفي نسخة «الأصل» به أخذ أبو يوسف ومحمد.

(٧) كذا في الأصل. وفي بعض نسخ كتاب الودیعة من «الأصل»: والودیعة بينهما، وهو الصواب، فلعل نعت المضاربة أدرجه الناسخ سهواً.

(٨) ريذة من «الأصل»

(٩) وفي بعض نسخ كتاب الودیعة: به أخذ أبو يوسف ومحمد وراد بعده: وقال أبو حنيفة: لا يضمن الآخر إن هلك الودیعة عنده. وقال أبو يوسف ومحمد: لرب الودیعة أن يضمن الآخر، وإن صمته يرجع على الأول، وإن صم الأول لم يرجع على الآخر.

قال: وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبلة ودبعة^(١) بعير عينها، فإن أنا حيفة
 كان يقول: جميع ما ترك بين العرماء وصاحب الوديعة بالخصص. وهذا يأخذ^(٢)
 وكان ابن أبي ليلى يقول: هو للermاء وليس لصاحب الوديعة شيء لأن الوديعة شيء
 مجهول ليس بشيء بعينه^(٣). وقال أبو حنيفة: فإن كانت الوديعة بعينها فهي لصاحب
 الوديعة إذا علم ذلك، وكذلك قال ابن أبي ليلى. حدثنا أبو حنيفة عن حماد^(٤) عن إبراهيم
 أنه قال في الرجل يموت وعنده الوديعة وعليه دين: لأنهم يتحصون العرماء وأصحاب
 الوديعة^(٥). حدثنا الخجاج بن أرطاة عن أبي جعفر^(٦)، وعطاء مثل ذلك. حدث الخجاج
 عن الحكم عن إبراهيم مثله.

(١) وفي نسخة «الأصل» وعنده ودبعة.

(٢) وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد - «الأصل».

(٣) وفي بعض نسخ كتاب الوديعة: لأن الوديعة مجهولة وليست بشيء بعينه

(٤) هو حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري، أبو إساعيل الكوفي الفقيه، روى عن أنس وأبي وائل
 وإبراهيم النخعي وعقبة. وعنه ابنه إساعيل ومغيرة وأبو حنيفة ومسلم وشعبة، وتبعوه به. روى
 له الخمسة، والبخاري علق له قوله، وأخرج عنه في الأدب. وثقه النسائي وغيره. مات سنة
 ١٢٥.

(٥) وأخرجه في الآثار أيضًا [ص ١٦٠] وأعطاه أنه قال في المضاربة والوديعة والدين سواء في مال
 الميت يتحصون جميعًا. وأخرجه الإمام محمد أيضًا في آثره وزاد في آخره: إذا لم تمرأ بأعينها
 المضاربة والوديعة. قال: وبه يأخذ، وهو قول أبي حنيفة.

(٦) هو محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الإمام المشهور بالناظر أبو جعفر المثنى
 لمثنى. روى عن أبيه وأبي سعيد وجابر وابن عمر وطائفة. وعنه جعفر والزهري ومجول بن راشد
 وخلق. وروى له الستة. قال ابن سعد: ثقة كثير الحديث. توفي سنة ١١٤.

باب في الرهن*

قال أبو يوسف: ولو ارتهن الرجل رهنًا يرضاه على يدي عدل برضا صاحبه فهلك من عند العدل وقيمته والدين سواء، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الرهن بما فيه وقد بطل الدين. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: الدين على الراهن كما هو والرهن من ماله لأنه لم يكن في يدي المرتهن إنما كان موضوعًا على يدي غيره.

قال: وإذا مات الراهن وعليه دين والرهن على يدي عدل، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: المرتهن أحق بهذا الرهن من الغرماء. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الرهن بين الغرماء والمرتهن بالخصص على قدر أموالهم^(٢). وإذا كان الرهن في يدي المرتهن فهو أحق به من الغرماء وقولهما جميعًا فيه واحد.

قال: وإذا رهن الرجل الرجل دارًا ثم استحق منها شقص وقد قبضها المرتهن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الرهن باطل لا يجوز. وهذا نأخذ^(٣) حفظي عنه في كل رهن فاسد وقع فاسدًا فصاحب المال أحق به حتى يستوفي ماله يباع لدينه. وكان ابن أبي ليلى يقول: ما بقي من الدار فهو رهن بالحق. وقال أبو حنيفة رحمته الله: وكيف يكون ذلك وإنما كان رهنه نصيبًا غير مقسوم؟

قال: وإذا وضع الرجل الرهن على يدي عدل وسلطه على بيعه عند محل الأجل ثم مات الراهن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: للعدل أن يبيع الرهن، ولو كان موت الراهن يبطل بيعه لأبطل الرهن. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس له أن يبيع وقد بطل الرهن وصار بين الغرماء، وللمسلط أن يبيعه في مرض الراهن ويكون للمرتهن خاصة في قياس قوله.

قال: وإذا ارتهن الرجل دارًا ثم أجزها بإذن الراهن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول:

(١) والمسألة متفق عليها، وهي في كتاب الرهن (ص ٧٧ ح ٢١) من مبسوط السرحسي.

(٢) والمسألة في (ص ٧٨ ح ٢١) من مبسوط السرحسي.

(٣) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهي في (ص ٧١ ح ٢١) من المبسوط.

(٤) وهو قول محمد أيضًا. والمسألة في ص ٨٠ ح ٢١ من المبسوط.

■ انظر: الهداية شرح البداية (٤/١٥٦)، والمبسوط (٢١/٨٩) والدار المحتار لابن عابدين (٦/٥٠٢).

قد خرجت من الرهن حين أدب له أن يؤجرها وصارت بمسرة العارية. وبه يأخذ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هي رهن على حالها والعلة للمرتهن قضاء من حقه

باب الحوالة والكفالة في الدين *

قال أبو يوسف رحمته: وإذا كان لرجل على رجل دين فكمّل له به عنه رجل، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: ليطالب أن يأخذ أيهما شاء، فإن كانت حوالة لم يكن له أن يأخذ الذي أحاله لأنه قد أبراه. وهذا يأخذ ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس له أن يأخذ الذي عليه الأصل فيهما جميعاً لأنه حيث قل منه الكفيل فقد أبراه من المال إلا أن يكون المال قد توى قل الكفيل فيرجع به على الذي عليه الأصل، وإن كان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه كان له أن يأخذ أيهما شاء في قومه جميعاً.

قال: وإذا أخذ الرجل من الرجل كفيلاً بنفسه ثم أخذ منه بعد ذلك آخر بنفسه، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: هما كفيلان جميعاً. وبه يأخذ ^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: قد برئ الكفيل الأول حين أخذ الكفيل الآخر ^(٣).

قال: وإذا كمل الرجل لرجل بدين غير مسمى. فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: هو له ضامن. وهذا يأخذ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز عليه الضمان في ذلك لأنه ضمن شيئاً مجهولاً غير مسمى، وهو أن يقول الرجل للرجل: أضمن ما قضى لك به القاضي عليه من شيء

(١) وهي متفق عليها بين أصحابنا. وذكرت في باب رهن الحيوان من المبسوط مع اختلاف ابن أبي ليلى في ص ١٠٨ ح ٢١.

(٢) وهذه المسألة في كتاب الكفالة في (ص ١٢٦ ح ٢٠) باب الكفالة بالأعيان، وهي متفق عليها بين أصحابنا. وذكرها السرخسي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى من كتابه أيضاً في ج ٣٠ ص ١٤٦.

(٣) وهو قول محمد أيضاً، أماده سياق قول السرخسي حيث لم يذكر خلافه.

(٤) قال السرخسي في (ص ١٧٠ ح ١٩) من مبسوطه محتملاً لابن أبي ليلى: لأن الطالب يصير معرضاً عن كفالته حين اشتغل بأخذ كفيل آخر، وهذا فاسد فإنه يأخذ الكفيل الثاني بقصد زيادة التوثق فلا يصير مرتباً للكفيل الأول. ولا منافاة بين الكفالتين فالمستحق على كل واحد منهما الإحصار ولا يبعد أن يكون إحصاره في شيء واحد منحقاً على شخصين.

وما كان لك عليه من حق وما شهد لك به الشهود، وما أشبه هذا، فهو مجهول^(١).
قال: وإذا صمن الرجل دين مست بعد موته وساء ولم يترك الميت وقاء ولا شيئاً ولا قليلاً ولا كثيراً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا صمان على الكفيل لأن الدين قد نوى. وكان ابن أبي ليلى يقول: الكفيل صامن. وبه نأخذ^(٢). وقال أبو حنيفة رحمته الله. إن ترك شيئاً صمن الكفيل بقدر ما ترك، وإن كان ترك وقاء فهو صامن لجميع ما تكفل به.
قال: وإذا كمل العبد المأدون له في التجارة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: كماله باطلة لأنها معروفة وليس يجوز له المعروف. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: كماله جائزة لأنها من التجارة^(٣) وإذا أفلس المحتال عليه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يرجع على الذي أحاله حتى يموت المحتال عليه ولا يترك مالا^(٤). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: له أن يرجع إذا أفلس. وبهذا نأخذ^(٥).

- (١) قال السرخسي: ولكما تقول: الجهالة لا تمنع صحة الالتزام ولكنها جهالة تمضي إلى المازعة وهذه الجهالة لا تمضي إلى تمكن المازعة، فإن الطالب لا يطالب الكفيل إلا بما ثبت له على الأصل، ولا تتمك المازعة بعد ما ثبت له الحق على الأصل بالحجة أو بعد ما قضى القاضي به عليه. ثم الالتزام بالكفالة بمنزلة الالتزام بالإقرار فإنه ليس بمقابلة عرض يجب لتكفيل على الطالب، وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار فكذلك جهالة المكمول به.
- (٢) قال السرخسي في (ص ١٤٧ ح ٣٠) ثم ذكر مسألة الكفالة عن الميت المعلن وبها أن قول ابن أبي ليلى فيه كقول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى.
- (٣) قال السرخسي: ولكما تقول: لا تصح كفاية المأدون في حالة رقه لأن الحاجز وهو الرق قائم وإنما امتد الحجر عنه بالإذن فيما هو تجارة أو من توابع التجارة والكفالة ليست بهذه الصفة فإن التجار يتحررون عن الكفالة غاية التحرر. لهذا قيل: «الكفالة أولها ملامة، وأوسطها ملامة، وآخرها عرامة» ففي محجوراً عنه على ما كان قبل الإذن، ثم الكفالة بمنزلة الإقراض فإنه تبرع في الالتزام وإن كان عند الأداء يرجع كما أن المفروض تبرع بأداء المال وإن كان له حق الرجوع في المال، والعبد المأدون لا يملك الإقراض في حق مولاه وكذلك الكفالة.
- (٤) قال السرخسي في (ص ٤٧ ح ٢٠) من مسوطه: وحجتنا في ذلك حديث عثمان رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً في المحتال عليه يموت مفلساً قال: يعود الدين إلى ذمة المكيل، لا نوى على مال امرئ مسلم. والمعنى فيه أن هذه براءة بالثقل فإذا لم يسلم له حقه من المكيل الذي انتقل إليه يعود حقه إلى المكيل الذي انتقل حقه عنه، كما لو اشترى بالدين شيئاً أو صاح من الدين على عين.
- (٥) قال في البسوط (ص ٤٧ ح ٢٠): وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقول بأن الحوالة تبرئ المكيل براءة مطلقة فلا يعود المال إليه بحال. وقال في ص ١٤٨ ح ٣٠: وهو بقاء على ما سبق أن عد ابن أبي ليلى انقضاء البيع والتحقيق وقبضه فيه كقبضها أو أبلغ منه، لأن عبده بعد التمسك والخمس لا يعد عنق المديون في عبده فتتحقق النوى بالتمسك على قوله. وإذا نوى السال على المحتال عليه كان للطالب أن يرجع على المكيل لقوله عليه السلام «لا نوى على مال امرئ»

قال: وإذا وكل الرجل رجلاً في شيء فأراد الوكيل أن يوكل بذلك غيره، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: ليس له ذلك إلا أن يكون صاحبه أمره أن يوكل بذلك غيره. وبه يأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يوكل غيره إذا أراد أن يغيب أو مرض، فأما إذا كان صحيحاً حاصراً فلا، قال أبو حنيفة: وكيف يكون له أن يوكل غيره ولم يرص صاحبه بخصومة غيره وإنما رضي بخصومته؟!

قال: وإذا وكل رجل رجلاً بخصومة وأثبت الوكالة عند القاضي ثم أقر عني صاحبه الذي وكله أن تلك الخصومة حق لصاحبه الذي بخاصمه أقر به عند القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: إقراره جائز قال محمد: وبه يأخذ. وإن أقر عند غير القاضي وشهد عليه الشهود، فإقراره باطل ويخرج من الخصومة. وقال أبو يوسف: إقراره عند القاضي وعند غيره جائز عليه ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إقراره باطل.

قال: وإذا وكل رجل رجلاً في قصاص أو حد، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا نقر في ذلك وكالة ^(٣). وبه نأخذ. وروى أبو يوسف أن أبا حنيفة قال: أقبل من الوكيل البينة في الدعوى في الحد والقصاص ولا أقيم الحد ولا القصاص حتى يحضر المدعي. وقال أبو يوسف: لا أقبل البينة إلا من المدعي ولا أقبل في ذلك وكيلًا. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقبل في ذلك الوكالة.

قال: وإذا كانت في يدي رجل دار فادعأها رجل فقال الذي هي في يديه وكلني بها فلان لرجل عائب أقوم له عليها، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أصدقه إلا أن يأتي على

مسلم» فأما على قول أبي حنيفة التوى لا يتحقق لأن التوى أن يهلك عين الشيء أو محله الذي كان قائماً به، والدين لا بصورة هلاكه حقيقة ومحله قائم بعد الإفلاس بقاء الدمه علا صالحاً لالتزام الحقوق، وإنما يتأخر الاستفداء بالإفلاس وهذا تأخير يرول ساعة فساعة لأن المال عاد، ورتج، بخلاف ما إذا مات فإن محل الدين خرج من أن يكون صالحاً لالتزام الحقوق، وإنما يتأخر الاستيفاء في أحكام الدنيا، بخلاف ما لو جحد وحلف، لأن الدين هناك صار تائباً حكماً حتى انقطع طريق الوصول إليه عن بينة أو إقرار الخصم.

(١) وهو قول محمد أيضاً - أناده السرخسي.

(٢) وهذا قوله الأول ثم رجع فقال: يصح إقراره في مجلس القاضي، وفي غير مجلس نقضي إقراره باطل. والمسألة في (ص ٤ ج ١٩) من المسوط.

(٣) قال في المسبوط (ص ٩ ج ١٩): والمراد التوكيل باستيفاء الحدود وانقصاص ماب التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق.

ذلك بيّنة وأجعله خصماً. وبه تأخذ^(١).

وقد أبو يوسف رحمه الله بعد: إن كان متبهماً أيضاً لم أقبل منه بيّنة وجعلته خصماً إلا أن يأتي بشهود أعرسهم.

وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل منه وأصدقه ولا نجعل بينهما خصومة. وكان ابن أبي ليلى بعد ذلك يقول: إذا اتهمته سألته البيّنة على الوكالة فإن لم يقدم البيّنة جعلته خصماً.

قال: وإذا كان للرجل على الرجل مال فجاء رجل فقال: قد وكلني بقضه منك فلان، فقال الذي عليه المال: صدقت، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: أجبره على أن يعطيه إياه، وبه تأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أجبره على ذلك إلا أن يقيم بيّنة

(١) وبه قال الإمام محمد أيضاً. والمسألة في كتاب الدعوى (ص ٣٧ ح ١٧) من الميسوط، ولقطه: ولو ادعى عبداً في يد رجل أنه له وقال الذي هو في يديه: أودعته فلان أو أعارنيه أو وكلني بحفظه، لم يحرر من خصومة المدعي إلا أن يقيم البيّنة على ما قال عندهما، قال: ولما أن هذه البيّنة ثبتت أمرين: أحدهما الملك للغانف والحاصر ليس يخصص فيه. والثاني دفع خصومة المدعي عنه وهو خصم في ذلك فكانت مقولة فيما رجحت فيكون خصماً فيه إلخ.

قال: وعن أبي يوسف إن كان ذو اليد رجلاً معروفاً بالحيل لم تدفع الخصومة عنه بإقامة البيّنة، وإن كان صالحاً تدفع الخصومة عنه. رجع إلى هذا حين اتلي بالقضاء وعرف أحوال الناس فقال: قد يحتال المحتال ويدفع ماله إلى من يريد شراء، ويأمر من يودعه علانية حتى إذا ادعاه إنسان يقيم البيّنة على أنه مودع لينفخ الخصومة عن نفسه، ومقصوده من ذلك الإصرار بالمدعي ليتعذر عليه إثبات حقه بالبيّنة فلا تدفع الخصومة عنه إذا كان متبهماً بمثل هذه الحيلة، قال السرخسي: فإن شهد شهود ذي اليد أنه أودعه رجل لا يعرفه لم تدفع الخصومة عنه، فعمل ذلك الرجل هو الذي حصر بإزاره، وليس في هذه الشهادة ما يوجب دفع الخصومة إلخ. قال: وإن قال الشهود: أودعه رجل نعرفه بوجهه إذا رأيناه ولا نعرفه باسمه ونسبه، فعلى قول محمد لا تدفع الخصومة عنه، وعند أبي حنيفة تدفع الخصومة عنه — ذكره في الجامع ثم ذكر حجتهم. فإن شئت زيادة مراجعته.

(٢) قال في الميسوط (ص ٨٦ ح ١٩) باب الوكالة في الدين: وإن أقر بالوكالة ثم أراد أن لا يدمع المال إليه، فإن القاضي يقضي عليه بالمال للوكيل على ما بينا أن المديون يقضي الدين بملك نفسه، وهو إما أقر بثبوت حق القبض له في ملكه وذلك جحد عليه إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول لا يجبره القاضي على الدمع إليه ولكن يقول له: أنت أعلم إن شئت ما أعطه وإن شئت ما تركه، لأنه لم يثبت كونه نائباً عن الطالب في حق القاضي، وولاية الإجازة بعد ثبوت كونه نائباً عنه، ولكنا نقول: قد ثبت ذلك بخبر الوكيل وتصديق المطلوب إذ ليس هناك مكذب هما، وكل خبر عند القاضي معمول على الصدق ما لم يأت له معارض، ولكن إذا حصر

عليه وأقول: أنت أعلم فإن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه.

قال: وإذا وكل الرجل رجلاً في شيء، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول: لا تست وكالته إلا أن يأتي معه خصم. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: تغلب بيته على الوكالة وشبهها له وليس معه خصم. وقد كان أبو يوسف رحمه الله إذا جاءه رجل قد عرفه يريد أن يعيب فقال: هذا وكيلي في كل حق لي يخاصم فيه، قل ذلك وأنت وكالته، وإذا تغيب الخصم وكل له وكيلًا وقضى عليه.

قال: وإذا وكل رجل رجلاً بكل قليل وكثير، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا يجوز سعه لأنه لم يوكله بالبيع إلا أن يقول: ما صنعت من شيء فهو جائز. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا وكله في كل قليل وكثير فباع داراً أو غير ذلك كان حائزاً قال: وإذا وكلت المرأة وكيلًا بالخصومة وهي حاضرة، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا أقبل إلا أن يرضى الخصم. وكان ابن أبي ليلى يقول: تغلب ذلك ونحيره. وبه نأخذ^(٣).

الطالب وأنكر الوكالة رجع على المرم بهالة إلخ. وإن أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استحلته أنه م وكنتي ليستحلته على ذلك فإن حلف برئ وإن بكل عن اليمين فصحت عليه بالمال للوكيل إلخ. ثم ذكر عن الخصاص قال: لا يحلف المطلوب على الوكالة في قول أبي حنيفة، وفي قولهما يحلف على العلم، ثم ذكر دليله ودليلهما.

(١) وهي في (ص ١٠ ج ١٩) من المبسوط.

(٢) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهي في باب الوكالة في الدين ص ٧٠ ج ١٩ قال: وإذا وكله في كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس بوكيل في تفاصيل ولا شراء ولا بيع إلا في قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول: ظاهر لفظه يتضمن ذلك، فإنه من القليل والكثير الذي له أن يباشره بولايته في ماله. ولكنا نقول: قد عرفنا يقيناً أنه لم يرد بهذا اللفظ جميع ما له أن يفعل، وإنما يشيت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ فلا يملك إلا ذلك بمسرة فونه وكلتكم بمالي.

(٣) قال في المبسوط ص ٧ ج ١٩: وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً: للمرأة أن توكل بدين، بكراً كانت أو ثيباً، إذا لم يكن مروعة. وفي قوله الآخر وهو قول محمد: الرجل والمرأة سواء في ذلك لم التوكيل بغير رضا الخصم إلخ.

باب في الدين *

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كان على الرجل دين وكان عنده وديعة غير معلومة بعينها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ما ترك الرجل فهو بين الغرماء وأصحاب الوديعة بالخصص، وبه تأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس لصاحب الوديعة شيء إلا أن يعرف وديعته بعينها، فتكون له خاصة. وقال أبو حنيفة رحمه الله: هي دين في ماله ما لم يقلل قبل الموت: قد هلك، ألا ترى أنه لم يعص لها شيئاً ذهبت به؟ وكذلك كل مال أصله أمانة. وبه تأخذ.

قال: وإذا أقر الرجل في مرضه الذي مات فيه بدين وعليه دين بشهود في صحته وليس له وفاء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يبدأ بالدين المعروف الذي في صحته، فإن فضل عنهم شيء كان للذين أقر لهم في المرض بالخصص، ألا ترى أنه حين مرض أنه ليس يملك من ماله شيئاً، ولا تحوز وصيته فيه لما علمه من الدين؟ فكذلك إقراره له. وبه تأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو مصدق فيما أقر به، والذي أقر له في الصحة والمرض سواء.

(١) وفي المبسوط السرخسي في كتاب الوديعة (ص ١٢٩ ج ١١): «وإن مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة فإن عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء» لأن حق الغرماء بعد موت المدين يتعلق بماله دون مال سائر الناس. وكما كانوا أحق بها في حياة المدين وكذلك بعد موته «وإن لم تعرف بأعيانها قسم المال بالخصص، وأصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة لغرماء عدنا» وعنى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة. وأصل المسألة أن الأيمن إذا مات بمجهول للأمانة فالأمانة تصير ديناً في تركته عدنا، لأنه بالتحجيل صار منملكاً، فإن اليد المجهولة عند الموت تقلب يد ملك إلخ.

(٢) قلت: المسألة في (ص ٢٦ ج ١٨) باب الإقرار في المرض من المبسوط قال: ولو كان عليه دين في الصحة وأقر في مرضه بدين أو وديعة كان دين الصحة مقدماً على ما أقر به في المرض عدنا. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: ما أقر به في الصحة والمرض فهو سواء. ثم ذكر حجج كليهما وبسط ورجح دليل الإمام ثم قال «ولو استقرض في مرضه مالا أو اشترى شيئاً وعابى الشهود قبضه ذلك فهذا يخاص غرماء الصحة لأنه لا تمكن التهمة فيما يشت بمعاينة الشهود. وليس فيه إبطال حق الغرماء عن شيء بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل بعد له فظهر هذا السب في حقهم وكان صاحبه مراحماً هم في الشركة، ولو لم تكن الشركة إلا عين المال الذي أخذه قرصاً أو بيعاً فهو كذلك» لأنه بالقبض تم ملكه فكان من جملة تركته عند موته يتعلق به حتى جميع غرمائه إلخ.

* انظر: الحجة (٢٥/٣)، والمبسوط (ص ٤٨/٢٥).

قال: وإذا استدان المرأة وروحها غائب، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: أفرص هـ على زوجها نفقة مثلها في غيبته. ثم رجع عن ذلك فقال: لا شيء لها وهي منطوعة فيما أنفقت والدين عليها خاصة ^(١). وكان ابن أبي ليلى لا يعرض لها نفقة إلا فيما يستعمل. وكذلك بلغنا عن شريح ^(٢) وهذا نأخذ.

قال: وإذا كان لرجل على رجل مال وبه عليه مثله، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو قصاص. وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يكون قصاصاً إلا أن يترصيا به. وإن كان لأحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصاً في قولهما جميعاً.

قال وإذا أقر وارث بدين وفي نصيبه وفاء بذلك الدين، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: يستوفي العريم من ذلك الوارث المقر جميع ماله من نصيبه، لأنه لا ميراث له حتى يفضي الدين. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إنما يدخل عليه من الدين بقدر نصيبه من الميراث، فإن كان هو وأخ له دخل عليه النصف، وإن كانوا ثلاثة دخل عليه الثلث، والشاهد عنده منهم وحده بمنزلة المقر، وإن كانا اثنين جازت شهادتهما في جميع الميراث في قولهما جميعاً إذا كانا عدلين، فإن لم يكونا عدلين كان ذلك في أنصائبهما على ما سرنا من قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

(١) قال في البسوط (ص ١٨٤ ج ٥): «وكذلك لو استدانت عليه قبل قضاء القاصي أو الفراضي» لأنه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وإنما ولايتها على نفسها كما استدانت يكون في دمتها، وإيفائها مما استدانت كإيفاء من سائر أملاكها «فلا ترجع بشيء من ذلك على الزوج إلا أن يكون القاصي فرص لها عليه نفقة كل شهر أو صاحته على نفقة كل شهر ثم غاب أو حس للنفقة واستدانت عليه أولم تستدن أخذته بنفقة ما مضى» لأن حقها تأكد بقضاء القاصي أو بالصلح عن ترص، فإن ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاصي في الإلزام. وذكر عن شريح قال: «أما امرأة استدانت على زوجها وهو غائب فبما استدانت على نفسها» وإنما أراد به إذا لم يفرص القاصي لها النفقة أو فرص لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما إذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج، لأن للقاصي عليه ولاية، فأمرها بالاستدانة عليه كأمير الزوج بنفسه، قال «وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا أجيز القرص عليه إذا كان غائباً» لأن القرص عليه إذا كان غائباً إزام وليس للقاصي ولاية الإلزام على الغائب.

(٢) قلت: أخرجه الإمام محمد في «الأصل» في النفقات كما ذكر فوق. وأخرجه في كتاب الحجج على أهل المدينة عن أبي كدينة يحيى بن الصهباء عن مطرف بن طريف عن عامر الشعبي عن شريح أنه قال: إذا أدانت المرأة على زوجها لم يؤخذ به. ثم قال عامر: أرأيت لو مات على من هو عليها حياً وميتاً وأخرجه عن صفان الثوري عن معن عن الشعبي قال: قال شريح ليس عليه شيء إلا أن يكون أمرها «بعض المرأة إذا أمقت وزوجها غائب» بدين أو أنفقت من مالها. (ص ٣٤٦).

(٣) وهو قول محمد أيضاً - أعاده في المختصر الكافي.

قال: وإذا كتب الرجل بقرض في ذكر حق ثم أقام بية أن أصله كان مضاربة، وإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: أخذه به وإقراره على نفسه بالقرض أصدق من دعواه. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: أبطله عنه وأجعله عليه مضاربة وهو فيه أمين. وإذا أقام الرجل على الرجل البية بمال في ذكر حق من شيء جائز فأقام إندي عليه الدين البية أنه من ربا، وأنه قد أقر أنه قد كتب ذكر حق من شيء جائز، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا أقبل منه المخرج ويلزمه المال بإقراره أنه من شيء جائز. وبه تأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقبل منه البية على ذلك ويرده إلى رأس المال.

قال: وإذا أقر الرجل بمال في ذكر حق من بيع^(٢) ثم قال بعد ذلك: لم أقض المسع ولم تشهد عليه بية بقبضه، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: المال له لازم ولا ألقت إلى قوله^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يلزمه شيء من المال حتى يأتي الطالب بالبية أنه قد قبض المتاع الذي به عليه ذكر الحق. وقال أبو يوسف رحمه الله: أسأل الذي له الحق أبعت هذا؟ فإن قال: نعم. قلت: فأقم البينة على أنك قد وفيت متاعه، فإن قال الطالب: لم أبعه شيئا لزمه المال.

قال: وإذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم وجاء عليه بالبينة فشهد أحد شاهديه بالألف وشهد الآخر بألفين، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا شهادة لهما لأنهما قد اختلفا. وكان ابن أبي ليلى يحير من ذلك ألف درهم ويقضي بها للطالب. وبه تأخذ^(٤). ولو شهد

(١) وهو قول أصحابنا جميعا. قال السرخسي: واستحسن ابن أبي ليلى في الفصلين جميعا، لأنه وجد في ذلك عرفا ظاهرا بين الناس أنهم يكتبون القرض للاحتياط، وإن كانوا دفعوا المال مضاربة، ويقرون بشئ المتاع وإن كان أصل المعاملة قرصا والريادة ربا شرط عليه. فله عرف الظاهر قال: تقبل بيته على ذلك، ولكن هذا ليس بقوي، فهذا العرف يدل على شهادة الظاهر له وذلك دليل قبول قوله مع يمينه لا دليل قبول بيته، وبالاتفاق لا يقبل قوله مع يمينه لما سبق من الإقرار فكذلك لا تقبل بيته.

(٢) وفي المسوط بمال في صك حق من شئ بيع.

(٣) قال السرخسي: فقد بيا هذه المسألة في كتاب البيوع أن على قول أبي حنيفة وعمر لا يصدق وصل أم فصل، وفي قول أبي يوسف الأول إن وصل صدق، وإن فصل لا يصدق. ثم رجع فقال: إذا فصل يسأل المقر له عن سب وجوب المال، فإن أقر أنه من شئ بيع فالقول قول المقر أي لم أقض المبيع، وهو قول محمد.

(٤) كذا في الأصل ولعل الصواب فرض المسألة في دعوى الألفين، لأن مسألة دعوى الألف معق عليها بين الإمام وصاحبيه.

قال في السائق (ص ٢٧٨ ج ٦): إذا ادعى رجل على رجل ألفي درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بألفين والآخر بألف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلا، وعدلما تقبل على الألف.

أحدهما بألف وشهد الآخر بألف وخسمائة كانت شهادة الألف حائرة في قوهما جميعا وإنما أجاز هذا أبو حنيفة لأنه كان يقول: قد سمي الشاهدان جميعا ألفا وقال الآخر: خسمائة فصارت هذه مفصلة من الألف.

قال: وإذا شهد الرجل على شهادة رجل وشهد آخر على شهادة نفسه في دين أو شراء أو بيع، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا تجوز شهادة شاهد على شهادة شاهد ولا يقبل عليه إلا شاهدان. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب عليه السلام ^(١). وبه تأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل شهادة شاهد على شهادة شاهد. وكذلك بلغنا عن شريح ^(٣).

ولو كان المدعي يدعي ألفا وخسمائة يشهد أحدهما بألف وخسمائة والآخر بألف نقبل عن الألف بالإجماع. ثم ذكر دلائل القولين كليهما إلى أن قال: ولو ادعى ألفا يشهد أحدهما بالألف والآخر بألفين لا تقبل على الألف بالإجماع، لأن المدعي كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فأوجب ذلك نفيه في الباقي فلا تقبل إلا إذا وفق فقال: كان لي عليه ألفان إلا أنه قد نصاني ألفا ولم يعلم به الشاهد فيقبل. وكذا لو ادعى ألفا يشهد أحدهما بها والآخر بألف وخسمائة لا تقبل لما قلنا إلا إذا وفق فقال: كان لي عليه ألف وخسمائة إلا أنه قضاني خسمائة ولم يعلم بها الشاهد فنقبل، لأنه إذ وفق فقد زال الاختلاف المانع من القول.

وفي المسوط (ص ١٧٥ ج ١٦): فإن كان المدعي يدعي ألفا فقد أكذب الذي شهد على ألف وخسمائة فلا تقبل شهادتهما له إلا أن يوفق فيقول: كان أصل حفي ألفا وخسمائة لكن استوفيت خسمائة أو أبرأته منها ولم يعلم به هذا الشاهد فيقبل شهادتهما على الألف، لأنه ومن يتوبين صحيح عمل. قلت: فلعن قوله «وبه تأخذ» أدرجه الناسخ ها سهواً منه وعلمه بعد قوله «لأنهما قد اختلفا» أو زيادته من سهو الناسخ، والله أعلم.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه [٣٣٩/٨] عن علي عليه السلام ولفظه: «لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان» وروى ابن أبي شيبة [٥٥٤/٤] عن الشعبي أنه قال: «لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكون اثنين» *.

(٢) ذكرت هذه المسألة في ضمن الاحتجاج في (ص ١٣٨ ج ١٦) من المسوط في شرح قول الحاكم: «وإن شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عدنان» إلخ وهو قوله: «وليس هنا كذا لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لأن لشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد المزع في تلك الحادثة» إلخ. ولم أجد ذكرها مستقلاً كما ذكر ههنا، والله أعلم.

(٣) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية أبو أمية الكندي الكوفي، محصره، ولي لعمر الكوفة فقصى بها مئتين سنة. وكان من جلة العلماء وأدكى العالم. وروى عن علي وابن مسعود، وعنه الشعبي وأبو رائل. وروى له اسامي والبخاري في الصحيح وفي الأدب. قال الشعبي: كان أعلم الناس بالقضاء. مات سنة ٨٠ عن ١١٠ سنة، وقبل عن ١٢٠ سنة.

وابراهيم.

قال: وإذا شهد الشهود على دار أهلها لفلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إن شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً غير هؤلاء جازت الشهادة. وبه تأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز شهادتهم إذا قالوا: لا يعلم له وارثاً غير هؤلاء حتى يشترطوا ذلك فيقولوا: لا وارث له غيرهم، وإذا جاء وارث غيرهم بنية أدخله معهم في الميراث. ولم تطل شهادة الأولين في قولهما.

قال: وإذا شهد الشهود على زنا قديم أو سرقة قديمة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يدرك الحد في ذلك، ويقضى بالمال ويظهر في المهر لأنه قد وطئ فإذا لم يقم الحد بانوطء فلان من مهر. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حصرة ذلك فإنما شهدوا على ضغن^(٢)» فلا شهادة لهم^(٣). وبه تأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل شهادتهم وأمضي الحد فأما السكران فإن أبي به وهو غير سكران فلا حد عليه^(٥)، وإن كان أحد وهو سكران فلم يرتفع إلى الوالي حتى ذهب السكر عنه إلا أنه في يدي الشرط أو عامل الوالي فإنه يحد.

قال: وإذا شهد الشهود عند القاضي بشهادة فادعى المشهود عليه أنهم شهدوا بنزور وقال: أنا أخرجهم وأقيم البيعة أنهم استوجروا وأهم قوم نساق، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا أقبل الجرح على مثل هذا. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقبله. فأما غير

(١) وهذه المسألة في (ص ١٥٢ ح ١٦) قال بعد ما ذكر دليل ابن أبي ليلى ولكننا نقول: قولهم لا وارث له غيره نفي لا طريق لهم إلى معرفة ذلك ولو كلفهم القاصي أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططاً وحملهم على الكذب، وإليه أشار في الكتاب فقال: من قل أن هذا عيب بحملهم القاصي عليه، أو قال عنت بحملهم القاصي عليه وهو يعلم أنهم يشهدون بما لا يعلمون، وإن قالوا: لا نعلم له وارثاً غيره فهذا يكفي. وعلى قول ابن أبي ليلى لا يكفي لأن هذا ليس من الشهادة في شيء فإنهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون. وكما أنهم لا يعلمون ذلك والقاصي لا يعلم إلخ.

(٢) الصغر: الخفد.

(٣) أخرجه الإمام محمد في كتاب الحدود من «لأصل».

(٤) والمسألة متفق عليها عندنا. أفاده السرخسي وقال: قد بينا المسألة في الحدود.

(٥) واحتج له السرخسي فقال لانعدام العلة الموجبة للحد. قل: ولكننا نقول: الموح للحد هو الشرب إلى غاية السكر، ولا ينعدم ذلك وإن زال ما به من السكر إلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإنهما يشترطان بقاء الرائحة لإقامة الحد عليه، وعند محمد لا يشترط ذلك. وقد بيناه في الحدود.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٤٣٣

ذلك من محدود في قذف أو شريك أو عبد فهما يصلان في هذا المخرج جميعاً. وحفظي عن أبي يوسف أنه قال بعد: يقبل المخرج إذا شهد من أعزته وألق به

قال: وإذا شهد الوصي للوارث الكبير على الميت بدين أو صدقة في دار أو هبة أو شراء، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يجوز ذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو حائز. وبه نأخذ. وإذا شهد الوصي على غير الميت للوارث الكبير بشيء له خاصة فشهادته جائزة في قولهما جميعاً.

قال: وإذا ادعى رجل ديناً على ميت فشهد له شاهدان على حقه وشهد هو وآخر على وصية ودين لرجل^(١) عليه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: شهادتهم جائزة لأن الغريم بصر نفسه بشهادته. وبه نأخذ^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز شهادته. وإذا شهد أصحاب الوصايا بعضهم لبعض لم تحر، لأنهم شركاء في الوصية الثلث بينهم. وقال أبو يوسف: أصحاب الوصايا والعمراء سواء، لا تجوز شهادة بعضهم لبعض.

قال: وإذا شهد الرجل لامرأته، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تجوز شهادته لها. وكذلك بلغنا عن شريح^(٣). وهذا نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته لها جائزة. قال: وإذا شهد الرجل على شهادة وهو صحيح البصر ثم عمي فذهب بصره، فإن

(١) وفي المسوط لرجل آخر.

(٢) وهو قول أصحابنا كلهم - أماده السرخسي.

(٣) قلت أخرجه أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن أبيه عن عامر عن شريح «أنه كان لا يجز شهادة الرجل لامرأته. ولا المرأة لزوجها، ولا الشريك لشريكه، ولا السيد لعيده، ولا رجل لأبيه ولا أب لابنه، ولا الأعمى، ولا المحدود في قذف» وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً عنه في مسنده، وأخرجه طلحة بن محمد من طريق المقرئ عنه وابن عمرو من طريق ابن زياد والكلابي عن الرهبي عنه. وأخرجه محمد في آثاره ومسوطه وليس فيه ذكر الأعمى، وليس في رواية الآثار ذكر السيد، ولا ذكر الأعمى. وأخرجه عبدالرزاق وابن أبي شيبة في مصنفهما. قلت: قال في تخريج الهداية ويقال: إن الخصاص أخرجه بإسناده مرفوعاً. قلت: وذكره السرخسي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً، وذكر سعد حديث خصاف أنقارئ في شرح المختصر فقال: عن صالح بن زريق عن مروان بن معاوية القراري عن يزيد بن زياد الشامي عن الرهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ: «لا يجوز شهادة الولد لولده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيدته، ولا السيد لعيده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأخير لساستأجره».

(٤) قلت: وبه أخذ محمد أيضاً وحيثهم في (ص ١٢٣ ج ١٦) من المسوط ولم يذكر فيه خلاف ابن أبي ليلى.

أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا تجوز شهادته تلك إذا شهد بها ^(١). بلغنا عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه رد شهادة أعمى شهد عنده ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته حائزة. وبه نأخذ، وإذا كان شيء لا يحتاج أن يقف عليه.

قال: وإذا أقر الرجل بالزنا أربع مرات في مقام واحد عند القاضي، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هذا عندي بمنزلة مرة واحدة ولا حد عليه في هذا. وبه نأخذ ^(٣). بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعز بن مالك عليه السلام أتاه فأقر عنده بالزنا فردّه، ثم أتاه الثانية فأقر عنده فردّه، ثم أتاه الثالثة فأقر عنده فردّه، ثم أتاه الرابعة فأقر عنده فسأل قومه: هل تنكرون من عقله شيئاً؟ قالوا: لا، فأمر به فرجم ^(٤).

وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقيم الحد إذا أقر أربع مرات في مقام واحد. قال: وإذا أقر الرجل بالزنا عند غير قاض أربع مرات، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان لا يرى ذلك شيئاً ولا يحده. وبه نأخذ ^(٥). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا قامت عليه الشهود بذلك أحده.

قال: وإذا رجع الرجل عن شهادته بالزنا وقد رجم صاحبه بها، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: يصرب أحد ويغرم ربع الدية. وبه نأخذ ^(٦). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقتله.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً والمسألة ذكرت في كتاب الشهادة (ص ١٢٠ ح ١٦) من مسوط لسرخسي مع خلاف أبي يوسف وحججه وحججهما ولم يذكر قول ابن أبي ليلى.

(٢) قلت: أخرجه محمد في شهادات « لأصل » عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه إنه أعمى فذكر ذلك لملي عليه السلام فردّ شهادته. قال محمد: وبه نأخذ وأخرج عبد الرزاق عن الأسود بن قيس عن أشياحه أن عينا لم يجز شهادة الأعمى في سرقة.

(٣) قلت: المسألة في (ص ٩١ ح ٩) في باب الإقرار بالزنا، وهي متفق عليها بين أصحابنا. واحتج السرخسي لهم بما لا مزيد عليه وجمع اختلاف روايات الحديث الذي ذكره هنا وبين معانيها روى فيها مراجع إن شئت زيادة الإطلاع.

(٤) أخرجه هو في خراجه عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة. وأخرجه في آثاره عن الإمام عن علقمة عن ابن بريدة عن أبيه وأخارثي عن طريق أبي يوسف وابن المبارك وأسد بن عمرو الحماني والمفرئ وعدة من أصحاب الإمام عنه عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه. وأخرجه أبو داود وإسائي عن أبي هريرة، وروياه، وأحمد في مسنده عن يزيد بن نعيم بن هرث عن أبيه: كان ماعز بن مالك يتيماً في حجر أبي ماصاب جارية - الحديث. (٥) وهو قول محمد أيضاً.

(٦) قلت: ذكرت هذا المسألة في كتاب الحدود (ص ١٠٤ ح ٩) من المسوط مختصرة قال: « وإن شهد حصة على رجل بالزنا والإحصان فرجم ثم رجع واحد فلا شيء عليه لقاء حجه تامة فإن رجع آخر غرماً ربع الدية لأن الباقي على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النص »

بأن رجعوا أربعتهم قتلهم ولا يغرمهم الدية، فإن رجع ثلاثة في قول أبي حنيفة يجرى ضربوا الحد وعزم كل واحد منهم ربع الدية

قال: وإذا شهد الشهود عند القاضي على عبد وحلوه ووصفوه وهو في يده أخرى فكتب القاضي شهادتهم على ذلك، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا أقبل ذلك ولا أدفع إليه العمد، لأن الحلية قد توافى الحلية وهو يتمتع بالعبد حتى يأتي به إلى القاضي الذي كتب له، أرايت لو كانت جارية جيلة والرجل غير أمين أكنت أبعث بها معه؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: يختم في عرق العمد ويأخذ من الذي جاء بالكتاب كفيلاً ثم يبعث به إلى القاضي، فإذا جاءه العبد والكتاب الثاني دعا الشهود، فإن شهدوا أنه عبده أبرأ كعمله وقضى بالعبد أنه له وكسب له بذلك كتاباً إلى القاضي الذي أخذ منه الكفيل حتى يرى كميله. وبه يأخذ.

قال: وإذا شهد الرجل من أهل الكوفة شهادة فعدل بمكة وكتب بها قاضي مكة إلى قاضي مصر في مصر غير مصره بالشهادة وزكي هناك وكتب بذلك إلى قاضي الكوفة فشهد قوم من أهل الكوفة أن هذا الشاهد فاسق، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: شهادتهم لا تفعل عليه أنه فاسق. وبه يأخذ^(١) وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: نرد شهادته بقول قائلهم.

ويحدثان جميعاً لأنه لم يبق على الشهادة من تتم به الحجة وقد انقضت الشهادة في حقهما بالرجوع فعليهما الحد قلت: ولم يذكر باقي المسألة ولا قول ابن أبي ليلى.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً. أماده السرخسي. وقد احتصر المسألة فقال: «إذا شهد قوم من أهل الكوفة أن ذلك الشاهد فاسق، فإن شهادتهم لا تكون مقولة عدناً. وقال ابن أبي ليلى. تقبل وترد شهادة الشاهد، لأن فسقه لو صار معلوماً للقاضي يحرم المخبر رد شهادته فإذا صار معلوماً به بشهادة الشهود أولى، ولأن الفسق مانع من العمل بشهادته إلخ. ووجه قولنا أن المقصود بهذه الشهادة الهي لا الإثبات والبيات للإثبات لا للنفي، وبيان الوصف أن المقصود به وجوب العمل بشهادته، وبه تارق الرق وإقامة الحد عليه، لأن تلك البينة تقوم لإثبات الرق عليه، وإثبات فعل القاضي في إقامة الحد عليه ثم يتخصص ذلك بطلان شهادته حكماً. يوضحه أن صفة الفسق ليست صفة لازمة، فإن الفاسق إذا تاب لا يبقى فاسقاً، فالشاهد لا يعم بقاء هذا الوصف فيه عند شهادته حقيقة وإنما يقول ذلك باستصحاب احتمال وذلك يطلق له الخبر دون الشهادة فكان محارفاً في هذه الشهادة، بخلاف الرق وإقامة الحد عليه، فإن ذلك صفة لازمة له فيجوز لشاهد أن يشهد على ذلك إذا كان قد علم سبه حقيقة، ولأن الفسق يثبت بأسباب يختلف الناس في بعضها فلعل الشاهد بذلك يعتمد بسبب عنده أن ذلك فسق وعند القاضي ليس بفسق، ولا يجوز له أن يعتمد بمجرد شهادته أنه فاسق بخلاف الرق وإقامة الحد عليه».

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا ينبغي للقاضي أن يفعل ذلك، لأنه قد عاب عن الكوفة

سنتين فلا يدري ما أحدث ولعله قد تاب.

قال: وإذا شهد شاهدان من اليهود على رجل من البصري وشهد شاهدان من النصارى على رجل من اليهود، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذلك جائز، لأن الكفر كله ملة واحدة. وبه نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى لا يجيز ذلك ويقول: لأهل الكفر مملتان مختلفتان. وكان أبو حنيفة يورث اليهودي من الصيراني والبصري من اليهودي ويقول: أهل الكفر بعضهم من بعض وإن اختلفت مللهم وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى لا يورث بعضهم من بعض.

قال: وإذا شهد الشهود عند قاضي الكوفة على عد وحلوه ووصفوه أنه لرجل، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا أكتب له. وقال ابن أبي ليلى: أكتب له شهادتهم إلى قاضي البلد الذي فيه العد، فيجمع القاضي الذي العبد في بلده بين الذي جاء بالكتاب وبين الذي عده العد، فإن كان للذي عنده العبد حجة وإلا بعث بالعبد مع الرجل الذي جاء بالكتاب محتوماً في عتقه وأخذ منه كفيلاً بقيمه ويكتب إلى القاضي بحواب كتابه بذلك، فيجمع قاضي الكوفة بين السينة وبين العد حتى يشهدوا عليه بعينه ثم يردّه مع الذي جاء به

(١) وبه قال محمد. أعاده في الميسوط كتاب الشهادات (ص ١٣٣ ج ١٦) واحتج لهم بحجج كثيرة، منها «ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهوديين ربا بشهادة أربعة منهم». وعن أبي موسى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة البصري بعضهم على بعض. والسلف مجمعون على هذا، حتى قال يحيى بن أكرم: «سمعت أقاويل السلف فلم أجد أحداً منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إلا أبي رأيت لربيعة فيه قولين. والمعنى فيه أن الكفر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم. وبهذا الوصف في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ والمراد من الولاية دون الموالاة، فإنه معطوف على قوله تعالى: ﴿مَا لَكُمْ مِّنْ وَلِيَّةٍ مِّنْ شَيْءٍ﴾ والدليل عليه أنها نصح الأبيحة فيما بينهم ولا نكاح إلا بولي» والمسلم إذا خطب إلى كتابي ابنته الصغيرة فزوجها به جاز النكاح ولأن الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الإطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدي ولايته إلى الغير والشهادة نوع ولاية فإذا نثت الأهلّة للولاية نثت الأهلّة للشهادة. قال: ولأن الكفر ملة واحدة عدنا.

قال تعالى: ﴿هَٰذَا نَحْنُ خَاصِمَانِ آخِضَتُمَا فِي رِيحٍ﴾ وقال: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ فعاب المحر وعاب الوثني أهل ملة واحدة وإن اختلفت نحلهم، كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وإن اختلفت مللهم. قلت: روى ابن ماجه [٧٩٤/٢] عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض. وهذا حجة على ابن أبي ليلى.

* قال الوصيري في مصباح الرجاجة (٥٦/٣): هذا إساد ضعيف من أجل مجالد بن سعيد، ورواه البيهقي في الكبرى من طريق محمد بن طريف فذكره بإساده ومته (١٦٥/١٠).

إلى قاضي البلد الذي كان فيه العمد حتى يجمع بينه وبين خصمه ثم يمضي عليه القضاء ويركبه، وبه يأخذ^(١)

قال أبو يوسف ما لم تحي ثمة أو أمر يستريه من العلام.

وإذا سافر الرجل المسلم فحضره سموت فاشهد على وصيته رجلين من أهل الكتاب، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز شهادتهما. وبه يأخذ^(٢) لقول الله عز وجل: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾. وكان ابن أبي ليلى يقول: ذلك جائز^(٣)

وكان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى على شاهد الزور تعزيراً غير أنه يبعث به إلى سوقه إن كان سوقياً، إلى مسجد قومه إن كان من العرب فيقول: القاصي يقرئكم السلام ويقول: بما وجدنا هذا شاهد زور فمأخذوه وحذروه الناس. وذكر ذلك^(٤) أبو حنيفة عن

(١) وهذه المسألة مكررة، وقد مرت مثلها قبيل ذلك بتعبير يسير

(٢) وهو قول محمد أيضاً - أفاده السرخسي.

(٣) قال الإمام السرخسي: وهو قول شريح فإنه كان يقول: لا تقبل شهادة أهل الكتاب على المسلمين في شيء إلا في الوصية، ولا تقبل في الوصية إلا في حالة الفقر.

وقد نقل ذلك عن إبراهيم لظاهر قوله تعالى: ﴿أَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ﴾ يعني من غير أهل دينكم بدليل، قوله تعالى: ﴿بِتَأْيِيدِ الَّذِينَ ءِامَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ﴾ ولكن نقل عن إبراهيم أنه قال: هذه الآية مسبوقة بسحبها قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾

وقد نقل عن عكرمة أن المراد من قوله تعالى: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ﴾ أو من غير قبيلكم، وهذا لأن العداوة بين القبائل في الجاهلية كانت طاهرة، حين الله تعالى أنه لا معترها بعد الإسلام، وأن شهادة بعضهم على بعض مقبولة. ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿وَحَسْبُوهُمَا مِّنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيَقْسَمَانِ بِٱللَّهِ﴾ وذلك إنما يكون في حق المسلمين الذين يصلون، وقد صح الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين» - شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها» إلخ *.

(٤) قلت: أخرجه الإمام محمد في آثاره عنه عن أبيه عن حماد عن شريح. وروى ابن أبي شيبة من طريق أبي حصين: كان شريح يبعث بشاهد الزور إلى مسجد قومه أو سوقه ويقول: إنما قد ربحنا شهادة هذا. وروى عبد الرزاق عن الثوري عن الجعد بن ذكوان: أتني شريح بشاهد زور فرع عما عساه عن رأسه وخفقه بالدره خفقت وبعث به إلى المسجد يعرفه الناس. قلت: أخرج الشيخين عن علي بن الحسين قال: «كان علي إذا أخذ شاهد زور بعثه إلى عشيرته فقال: إن هذا شاهد زور فاعرفوه ثم خنى سيله»

• رواه ابن أبي شيبة (٥٣٣/٤)، وعبد الرزاق (١٢٩/٦) والدارقطني (٦٩/٤). وابن الجوزي في التحقيق (٣٩١/٢). وقال الدارقطني: به عمر بن راشد ليس بالقوي.

القاسم^(١) عن شريح، وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه التعرير ولا يبعث به ويصر به خمسة وسبعين سوطاً. قال أبو يوسف: أعمره ولا يبلغ به أربعين سوطاً، ويطاف به، وقال أبو يوسف: بعد ذلك: أبلغ به خمسة وسبعين سوطاً^(٢).

قال: وإذا اختلف الشاهدان في الموطى الذي شهدا فيه^(٣) فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا نعزهما، ويقول: لأنني لا أدري أيهما الصادق من الكاذب إذا كانا شهدا على فعل؟ فإن كانا شهدا على إقرار فإنه كان يقول: لا أدري لعلهما صادقان جميعاً وإن اختلفا في الإقرار. وبه تأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يرد الشاهدين وربما ضرهما وعاقبهما. وكذلك لو خالف المدعي الشاهدين في قول أبي حنيفة رحمته فشهدا بأكثر مما ادعى، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا نضرهما ونتهم المدعي عليهما^(٥). وكان ابن أبي ليلى ربما

(١) كذا في الأصل ولعله تصحيف الهيثم لأن الهيثم محمل التصحيف إلى القسم على رسم الأقدمين، ولأن عمداً رواه عنه عن الهيثم أو هو قاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود المدني أبو عبد الرحمن قاضي الكوفة، وهو يروي عن أبيه وجار بن مرة، وعنه عمرو بن مرة وأبو إسحاق وروى به الأربعة والبخاري. مات سنة ١١٠ هـ.

(٢) قال السرخسي في شهادات المبسوط ص ١٤٥ ح ١٦: وقال أبو يوسف ومحمد: يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يلع بالتعزيرات سبعين سوطاً. وقال أبو يوسف بعد ذلك: يلع بالتعزير خمسة وسبعين سوطاً، فهما استدلا بحديث عمر رحمته حيث قال في شاهد لزور: يضرب أربعين سوطاً ويسحم وجهه ويطاف به، إلا أن الدليل قد قام على انتساح حكم التسحيم للوجه، فإن ذلك مثله وهي رسول الله ﷺ عن المثلة ولو بالكلب العقور، بقي حكم التعزير الخ. وأبو حنيفة أحد يقول شريح فإنه كان قاصياً في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما فما اشتهر من قصاياه كالمروى عنهما، ثم التشهير لمعنى الطر لمسلمين وذلك في حقهم. فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة، وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك وإقراره على نفسه بذلك دليل توبته، فلهذا لا يعرر ويكتفى بالشهير. ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته، لأن بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه، وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيراً لائقاً بجريمته فيكتفى به، وما نقل عن عمر محمول على معنى الياسه إذا علم الإمام أنه لا يرحر إلا به، ألا ترى أنه ذكر تسحيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة إذا علم المصلحة فيه؟ فكذلك التعزير.

(٣) وفي المبسوط: «وإذا اختلف الشاهدان في المواطن التي شهدا فيها على عمل أو عصب لم تغل شهادتهما ولا يعررا على ذلك عدنا» الخ.

(٤) استدلل لهم في المبسوط فقال: «ولكنا يقول: لا ندرى أيهما الكاذب منهما يضرب كل واحد منهما عت ولا بد من تقرر السبب في حقه حتى يجوز الإلزام على صربه وذلك لا يوجد في حق كل واحد منهما»

(٥) واحتج لهم السرخسي فقال: «ولكنا يقول: نعل المدعي هو العالط والكاذب والشهود صادقون»

قال: وإذا لم يطعن الخصم في الشاهد، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يسأل القاضي عن الشاهد. وكان ابن أبي ليلى يقول: يسأل عنه. وهذا نأخذ^(١). وكان أبو حنيفة رحمته الله لا يحجر شهادة الصبيان بعضهم على بعض. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يحجر شهادة الصبيان بعضهم على بعض^(٣).

في شهادتهم وبدون السب لا تجب عليهم العقوبة وإن كان لا يعمل بشهادتهم لتكذيب المدعي لياهم».

(١) قال في السبوط: وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن السؤال عن الشهود لصيانة قضائه فإنه ممنوع شرعاً من القضاء بشهادة الفاسق. وأبو حنيفة رحمته الله يقول: العدالة ثابتة بظاهر الإسلام كما قال رسول الله ﷺ: «السلمون عنول بعضهم على بعض» فيعتمد القاضي هذا الظاهر ما لم يطعن الخصم فإذا طعن اشتمل بالسؤال، لأن الظاهر من حال الطاعن أنه لا يكذب أيضاً فإنه مسلم. وقد بينا هذه المسألة بفصولها في: «آداب القاضي»

(٢) وهو قول محمد أيضاً - أئاده السرخسي بقوله: «عدما»

(٣) زاد السرخسي بعده: في الجراحات وتزريق الثياب التي تكون بينهم في الملاعب ما لم ينفروا، فإن كانوا تفرقوا لم تجز شهادتهم. ثم قال: ولكننا نقول: المعنى الذي لأجله لا تكون لهم شهادة على البالغين انقطاع الولاية، فإن الصبي ليس من أهل الولاية على أحد. وهذا المعنى موجود في شهادة بعضهم على بعض، والضرورة التي اعتادوها لا تتحقق فإننا أمرنا أن نسمعهم من الاجتماع للعب فتلغ هذه الضرورة بتعالي لياهم عن ذلك

باب في الأيمان

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا ادعى الرجل على الرجل دعوى وجاء باليه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ترى عليه يمينا مع شهوده. ومن حجة في ذلك أنه قال: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «اليمين على المدعى عليه واليمين على المدعى»^(١)، ولا نجعل على المدعى ما لم يجعل عليه رسول الله ﷺ، لا تحول اليمين عن الموضع الذي وضعها عليه النبي ﷺ. وبه تأخذ^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: على المدعى اليمين مع شهوده، وإذا لم يكن له شهود لم يستحلفه وجعل اليمين على المدعى عليه، فإن قال المدعى عليه: أنا أرد اليمين عليه فإنه لا يرد اليمين عليه^(٣) إلا أن يتهمه ببرد اليمين عليه إذا كان كذلك، وهنا في الدين.

قال: وإذا ورث الرجل ميراثا دارا أو أرضا أو غير ذلك فادعى رجل فيها دعوى ولم تكن له بينة فأراد أن يستحلف الذي ذلك في يديه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: اليمين على علمه أنه لا يعلم لهذا فيه حقا. وكذلك كان ابن أبي ليلى يقول أيضا، وإسا جعل أبو حنيفة رحمته الله على هذا اليمين على علمه، لأن الميراث لزمه، إن شاء وإن أبي،

(١) أخرجه طلحة بن محمد عن طريق أبي يوسف عن الإمام عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا: «اليمين على المدعى واليمين على المدعى عليه إذا أنكر». وأخرجه ابن خضرم عن طريق إسحاق بن خالد وعبد الله بن عبد الرحمن عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن شريح بن الحارث عن عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ «أنه قضى باليمين على المدعى واليمين على المدعى عليه إذا أنكر». وأخرجه البخاري عن أبي يوسف عن الإمام عن حماد عن الشعبي عن ابن عباس رفعه: «المدعى عليه أولى باليمين إذا لم تكن بينة» *** وحديث ابن عباس متفق عليه. وأخرجه البيهقي بالفاظ مختلفة.

(٢) وبه أخذ محمد أيضا - أئده السرخسي.

(٣) وعندما لا يرد اليمين عليه، لأن اليمين لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات ما لم يكن، وحاجة المدعى إلى إثبات ما لم يكن ثابتا واليمين لا يصلح حجة في ذلك، ثم هو مخالف للنص، فإن أبي رحمته الله قال للمدعى: «ليس لك إلا هذا: شاهدك أو بيمه» *** فهو تخصيص على أنه لا يمين في جانب المدعى - السرخسي في المبسوط.

* رواه البخاري (٩٣١/٢)، والترمذي (٦٢٥/٣)، وابن ماجه (٧/٣).

** انظر: المغلي لابن حزم (٧٤/٩) (٦٦/١١).

*** رواه النسائي (٢٤٨/٨).

**** رواه البخاري (٨٨٩/٢)، ومسلم (١٢٣/١).

والبيع لا يلزمه إلا بقبول، وإذا كان الشيء لا يلزمه إلا بفعله وقبول منه مثل أسع واهة والصدقة، فاليمين في ذلك ألبنة. والميراث لو قال: لا ألبله كان قوله ذلك باطلاً وإن الميراث له لازماً فلذلك كانت اليمين على علمه في الميراث، وبه يأخذ^(١)

وكان ابن أبي ليلى يقول: اليمين عليه على علمه في جميع ما ذكرت بك من بيع وغير ذلك.

وقال وإذا استحلف المدعي المدعى عليه على دعواه فحلفه القاضي على ذلك ثم أتى بالبيعة بعد ذلك على تلك الدعوى، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقبل منه ذلك، لأنه بيعا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وشريح أمهما كما يقولان: اليمين الفاحرة أحق أن ترد من البيعة العادلة^(٢). وبهذا يأخذ^(٣).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل منه البيعة بعد اليمين وبعد فصل القضاء.

(١) وفي الميسوط ص ١٧٣ ج ١٧: «ولو أن رجلاً ورث داراً من أبيه فادعى آخر أنه أخوه لأبيه قد ورث أباه معه هذه الدار ووجد ذو اليد ذلك لم يستحلف على النسب» ما بالانتماء. أما عبد أبي حنيفة فلا يشكّل، وأما عندهما فكل نسب لو أنكر به لم يصح يستحلف على ذلك إذا أنكره فيما ساء أن السكول عندهما قائم مقام الإقرار، والأخوة لا تثبت بإقراره لو أنكرها فكذلك لا يستحلف عليه بخلاف الأبوة والبنوة «ولكنه يستحلف بالله العظيم ما يعلم له في هذه الدار نصيباً» كما يدعي الإرث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير، لأنه يدعي الإرث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم لا على التثبات. قال في الهداية: «ومن ورث عنده وادعاه آخر يستحلف على علمه» لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على التثبات «وإن وهب له أو اشتراه يحلف على التثبات» لو جرد المطلق لليمين إذا الشراء سبب لتوث الثمن وصحاً وكذا الحقة. قال في المأية: «والصادقة في ذلك أن الدعوى إن وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم إذا قال المدعي عليه: لا أعلم لي بذلك. وأما إذا كان له بذلك علم يحلف على التثبات، وإن وقعت على فعل المدعي عليه كان الحلف على التثبات».

(٢) قال البيهقي في سننه باب البيعة العادلة أحق من اليمين الفاحرة [١٨٢/١٠]: روي ذلك عن عمر بن الخطاب وشريح، ثم روي عن شريك عن عاصم عن ابن سيرين عن شريح قال: «من ادعى قصائي فهو عليه حتى يأتي بالبيعة، الحق أحق من قصائي، الحق أحق من بين فاحرة».

(٣) وبه قال محمد. والمسألة في (ص ١١٩ ج ١٦) من الميسوط قال: وبعض الغصاة من السبع كانوا لا يسمعون البيعة بعد يمين الخصم، وكانوا يقولون: كما يترجح جانب الصدق في جانب المدعي بالبيعة ويتعين ذلك حتى لا يطرأ إلى يمين المسكر بعده. فكذلك يتعين الصدق في جانب المدعي عليه إذا حلف فلا يلتزم إلى بيعة المدعي بعد ذلك ولست تأخذ بذلك وبها يأخذ بيقول عمر رضي الله عنه حيث قال: «اليمين الفاحرة أحق أن ترد من البيعة العادلة» ولست أقول بين المدعي عليه يتعين معنى الصدق في إنكاره بكن المدعي لا يحاصص بعد ذلك لأنه لا حجة له فإذا وجد الحجة كان له أن يشت حقه بها

باب الوصايا

قال أبو يوسف: وإذا أوصى الرجل سكنى دار أو بخدمة عدد أو بغلة بستان أو أرض، وذلك ثلثه أو أقل، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك جائز. وبه نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز ذلك، والوقت في ذلك وغير الوقت في قول ابن أبي ليلى سواء.

قال: وإذا أوصى الرجل للرجل بأكثر من ثلثه فأجاز ذلك الورثة في حياته وهم كبار ثم ردوا ذلك بعد موته، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تجوز عليهم تلك الوصية، وهم أن يردوها، لأنهم أجازوا وهم لا يملكون الإجازة ولا يملكون المال. وكذلك بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ^(٢) وشريح. وهذا نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: إجازتهم

(١) وهو قول الإمام محمد أيضاً. أماده السرخسي والمسألة في باب الوصية بالغلة (ص ١٨١ ج ٢٧) من البسوط. واحتج لابن أبي ليلى فقال: «لأن الموصي يملك له بإيجابه وذلك لا يصح منه فيما ليس بمملوك له. والسفعة والغلة التي تحدث بعد موته ليست بمملوكة له، وإيجابه لا يتناول السفعة والغلة التي تحدث في حال حياته. فيسقط وصيته بها». قال: ولكننا نقول: المنفعة نحتمل التمسك بدل وبغير بدل في حال الحياة فيجعل التملك بعد الموت أيضاً، وهذا لأن الموصي تبقى العين على ملكه حتى يجمعه مشغولاً بتصرفه موقوفاً على حاجته وإنما يحدث السفعة على ملكه، فإذا ثبت هذا في السفعة فكذلك في الغلة. لأنها بدل السفعة، والوصية بخلاف الميراث فالإرث لا يحري في الخدمة بدون الرقعة، لأن الإرث خلافة. وتفسيره أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكاً للمورث وهذا لا يتصور إلا فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين. فأما الوصية إيجاب ملك بالعقد بمنزلة الإجازة والإعارة فيما أبقي.

(٢) أخرجه الإمام محمد في آثاره عن الإمام عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود قال محمد: وبه نأخذ إجازة الورثة قبل الموت ليس بشيء، فإن أجازوه بعد الموت وهي لو ارث أو أكثر من الثلث فذلك جائز، وليس لهم أن يرجعوه، وهو قول أبي حنيفة. وأخرجه ابن خسر عن طريقه عنه. وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود ولفظه أنه قال في الرجل يوصي بأكثر من ثلث فيجيزه الورثة في حياة الموصي فإذا مات الموصي أبوا أن يجيزوا فإن لهم ذلك. وأخرجه ابن خسر عن طريقه عنه. وأخرجه محمد في وصايا «الأصل» عن إبراهيم قوله. وأما قول شريح فلم أجده.

(٣) وبه أخذ الإمام محمد أيضاً. أماده السرخسي في مبسوطه ص ١٥٣ ج ٢٧ قال: لأن حقهم يتعلق بماله بمرصه ولكن الشرع جعل الثلث محلاً لوصية الموصي لتدارك به ما فرط في حياته فما راد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الإصرار بورثته بإسقاط حقهم به وإيثار الأجنبي على من آثره الشرع وهو الوارث فلوارث أن يرد قصده بأن يأبى الإجازة ولا معتبر بإجازته في حياة الموصي عندنا. وقال ابن أبي ليلى: تصح إجازته في حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته، لأنه سقط حقه بالإجازة إلخ. قال «ولكن نقول: إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز ويعتبر المرض بسبب

جائزة عليهم لا يستطيعون أن يرجعوا إلى شيء منها. ولو أجازوها بعد موته ثم أرادوا أن يرجعوا فيها قبل أن تمتد الوصية لم يكن ذلك لهم وكانت إجازتهم جائزة في هذا الموضع في قواها جميعاً.

قال: وإذا أوصى رجل بثلث ماله لرجل وبما له كله لآخر فرد ذلك الورثة كله إلى الثلث، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الثلث بينهما بصفان لا يضرب صاحب الجميع بحصة الورثة من المال. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثلث بينهما على أربعة أسهم يضرب صاحب المال بثلاثة أسهم ويضرب صاحب الثلث بسهم واحد. وبه يأخذ ^(١).

باب الطواريث

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا مات الرجل وترك أخاه وأمه وجدته، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: المال كله للجد وهو يمسرة الأب في كل ميراثه. وكذلك بلغنا عن أبي بكر الصديق وعن عبد الله بن عباس وعن عائشة أم المؤمنين وعن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهم أنهم كانوا يقولون: الجدة بمنزلة الأب إذا لم يكن له أب ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول في الجد بقول علي بن أبي طالب رحمه الله: للأخ النصف وللجد النصف. وكذلك قول زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما في هذه المسئلة ^(٣).

تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يصل به الموت فقل اتصال الموت لا يكون سبباً، وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا إسقاط الحق قبل تقرير السبب إجماعاً واحتجاجاً عنه.

(١) وبه قال محمد والمسألة في كتاب الرضا (ص ١٤٨ ح ٢٧) من المصنف. وكذلك في (ص ١٦٨) واحتج للقولين بحجج كثيرة قوية حجة، فمن شاء الإصلاح عليها فليراجعها.

(٢) قلت: أما قول أبي بكر فأخرجه الإمام محمد في كتاب الحجة على أهل المدينة عن ابن عباس وأبي موسى الأشعري عنه وعن عطاء والحسن عنه مرسلًا. وأخرجه البخاري عن عكرمة عن ابن عباس عنه، والبيهقي رواه كذلك عنه وعن ابن الزبير عنه، ورواه عن أبي سعيد الخدري وعن عثمان عنه. وأما قول ابن عباس فأخرجه محمد في الحجة والبيهقي في سه وأبخاري ذكره تعليقاً. وأما ابن الزبير فروى البيهقي من طريق أيوب عن ابن أبي مليكة أن أهل الكوفة كتبوا إلى عبد الله بن الزبير يسألونه عن الجد فقال: أما الذي قال رسول الله ﷺ «ولو اتحد أحد حسلاً لاتحدته» فإنه أنزله أبا، يعني أبا بكر رحمه الله اهـ. فأنتى يقول أبي بكر رحمه الله. وأما قول أم المؤمنين فلم أجده. قلت: ورواد السرخسي فقال: وهو قول أبي موسى وأبي عمران بن حصين وأبي الدرداء ومعاد بن جبل وصران الله عليهم أجمعين. وهو قول شريح وعطاء وعبد الله بن عبة.

(٣) قول علي وزيد وابن مسعود أخرجه البيهقي. وروى مثله عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وروى البيهقي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما مثل قول أبي بكر أيضاً. وكذلك احتج علي

قال: إذا أقرت الأخت، وهي لأب وأم وقد ورث معها العصبية بأب، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: يعطيه نصف ما في يدها، لأنها أقرت أن المال كله بينهما بصفتان مما كان في يدها منه فهو بينهما نصفان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يعطيه مما في يدها شيئاً لأنها أقرت بما في يدي العصبية، وهو سواء في الورثة كلهم مما قالوا^(١) جميعاً.

قال: وإذا مات الرجل وترك امرأة وولدها ولم يقر بحبل امرأته ثم جاءت بولد بعد موته وجاءت بامرأة تشهد على الولادة، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أقل هذا ولا أثبت نسه ولا أورثه بشهادة امرأة. وكان ابن أبي ليلى يقول: أثبت نسبه وأورثه بشهادتها وحدها. وبه نأخذ^(٢).

قال: وإذا كان للرجل عبدان ولدا في ملكه كل واحد منهما من أمته فأقر في صحته أن أحدهما ابنه ثم مات ولم يبين ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا يثبت نسب واحد منهما ويعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما. وبه نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: يثبت نسب أحدهما ويرثان ميراث ابن ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما.

قال: وإذا كانت الدار في يدي رجل فأقام ابن عم له البينة أنها دار جدهما والذي هي في يديه مكر لذلك، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أقضي بشهادتهم حتى يشهدوا

ابن مسعود. قلت: ويقول ابن أبي ليلى قال أبو يوسف ومحمد أيضاً في مقاسمة الجد.

(١) كذا في الأصل ولم أجد المسألة نعيها في السقوط. ونظائرها كثيرة في الوصية والمراثي.

(٢) قال السرخسي: وهو قول أبي يوسف ومحمد، وقد تقدم بيان المسألة في كتاب الطلاق أن عبد أبي حنيفة شهادة المرأة الواحدة لا تكون حجة على الولادة في إثبات النسب إلا أن يكون هناك حل ظاهر أو فراش قائم أو إقرار من الروح بالخل، وعند إعدام هذه المعاني لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وعند أبي يوسف ومحمد شهادة القابلة على الولادة حجة تامة لإثبات النسب بدون هذه الشروط. وقول ابن أبي ليلى كقولهما.

(٣) وبه قال الإمام محمد - أفاده السرخسي، لأن النسب مما لا يحتمل التعليق بالشرط وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح إيجابه في المجهول كالنكاح والبيع، وهذا لأن الإيجاب في المجهول بمنزلة التعليق يحظر البيد، والنسب لا يحتمل التعليق بسائر الأخطار فكذلك يحظر البيان بخلاف العتق والطلاق إلا أن إقراره وإن لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبراً في حق العتق، يسرلة ما لو أقر لمن هو معروف النسب من الغير أنه ابنه لا يقل إقراره، وإن لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبراً في حق العتق إلخ - سقوط (ص ١٥٥ ح ٣٠).

أن الجدة تركها ميراثاً لأبيه ولأبي صاحبه لا يعلمون به وارثاً غيرهما ثم توفي أبو هناد وترك نصيبه منها ميراثاً لهذا لا يعلمون له وارثاً غيره^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقصى له بشهادتهم وأسكنه في الدار مع الذي هي في يده ولا يقتسمان حتى تقوم البينة على الموارث، كما وصفت لك في قول أبي حنيفة. ولا يقولان: لا نعلم في قول ابن أبي ليلى بكن يقولان لا وارث له غيرهما في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف: أسكنه ولا يقتسمان.

قال: وإذا توفي الرجل وترك امرأته وترك في بيته متاعاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يحدث عن حماد عن إبراهيم^(٢) أنه قال: ما كان للرجال من المتاع فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما كان للرجال والنساء فهو للماضي منهما، المرأة كانت أو الرجل، وكذلك الزوج إذا طلق والباقي الزوج في الطلاق. وبه كان يأخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما. ثم قال بعد ذلك: لا يكون للمرأة إلا ما يجهز به مثلها في ذلك كله، لأنه يكون رجل تاجر عنده متاع النساء من تجارتها أو صانع، أو تكون رهوناً عند رجل. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا مات الرجل أو طلق، فمتاع البيت كله متاع الرجل إلا الدرع والخمار وشبهه إلا أن تقوم لأحدهما بينة على دعواه^(٣). ولو طلقها في دارها كان

(١) وبه قال الإمام محمد. والسألة في المسوط في كتاب الدعوى ص ٤٧ ج ١٧ قال وقال أبو يوسف: أقصى لها للجد وأصعها على يد عدل حتى يصححوا عدد ورثة الجد. وهو قول ابن أبي ليلى. وهذا نظير الفصل الأول أن عند أبي يوسف رحمه الله يجب القضاء بما لو قامت ابنة عليه، وعندهما لما لم يجر الميراث إليه لا يظهر استحقاقه وكونه حصصاً في إثبات ملك الجد فلا يقضي القاضي بشيء إلا أن يجر الميراث.

(٢) وأخرجه الإمام محمد في الآثار.

(٣) قال الإمام السرخسي في (ج ٥ ص ٢١٣) باب متاع البيت من المسوط: وقال محمد رحمه الله: ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً. وقال أبو يوسف رحمه الله: تعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل أستحسن ذلك. وقال ابن أبي ليلى: ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً وإنما لها ما يصلح للنساء خاصة. وعلى قول ابن شبرمة: المتاع كله للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها. وقال رفر: المتاع بينهما نصفان إذا لم تقم لواحد منهما، وهو قول مالك رحمه الله وأحد أقاويل الشافعي وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان، وعلى قول الحنفية البصري إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله له، لأن صاحب لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له، لأن صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره، ولأن المرأة ساكنة البيت، ألا ترى أنه تسمى قعيدة؟ فإذا كان البيت مع ما فيه في يدها وعد دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد، ومن يقول: المتاع كله للزوج قال لأن المرأة في يد الزوج مما هي بينها يكون في يد الزوج أيضاً، ألا ترى أنه صاحب البيت وأن المنزل بصفاته إليه إلخ. وأبو حنيفة يقول: ما يصلح

أمرها على ما وصفت في قولها جيباً.
قال. وإذا أسلم الرجل على يدي الرجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له، فإن
أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ميراثه له. بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ ^(١) وعن عمر بن
الخطاب رضي الله عنه وعن ابن مسعود رضي الله عنه.
وهذا يأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى لا يورثه شيئاً.

للرجل فهو قريب من استعمال الرجال وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال
يد حتى لو تازع رجلان في ثوب واحد وأحدهما لابسهُ والآخر متعلق بذيله أو تنازعاً في دبة
وأحدهما راكبها والآخر متمتع بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل لها أقوى
فيما هو صالح لأحدهما وأما فيما يصلحهما فترجح جانب الرجل في الطلاق لأنه صاحب البيت فقد
كانت هي مع المتاع في يده إلخ *.

(١) وهو ما أخرجه أحمد والأربعة والحاكم وابن أبي شيبة والدارمي وأبو يعلى والدارقطني والطبراني
كلهم من حديث هبم الباري من رواية عبد الله بن موهب ويقال ابن وهب عنه، ومبهم من
أدخل يهيم قبضة: سئل رسول الله ﷺ عن رجل أسلم على يديه آخر ووالاه فقال: «هو أحق
به بحياه ومماته» وفي لفظ أبي داود قال: يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد رجل من
المسلمين؟ قال: «هو أولى الناس بحياه ومماته».

وفي رواية الحاكم سألت رسول الله ﷺ، وذكره البخاري في صحيحه فقال: وينكر عن هبم
رفعه: «هو أولى الناس بحياه ومماته» واختلفوا في صحة هذا الخبر. وأخرجه ابن عدي من
وجهين صحيحين والطبراني والدارقطني من أحدهما ولفظه «من أسلم على يديه رجل مولاؤه له».
وأخرجه ابن راهويه عن عمرو بن العاص أنه أتى رسول الله ﷺ فقال: إن رجلاً أسلم على يدي
وله مال وقد مات، قال ﷺ «ملك ميراثه» ومن طريقه أخرجه الطبراني وفي إسناده رجل مجهول
- من تحريج أحاديث الهداية باختصار*.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضاً قال السرخسي في فصل ولاء المولاة ص ٤٣ ج ٣٠ من المسوط:
وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم.

* انظر: الهداية (١٦٧/٣)، ومصنف ابن أبي شيبة (١٨١/٤)، ومختصر الطحاوي (٣٤٦/٢).
** رواه البخاري (٢٤٨٣/٦)، وابن الجارود (ص ٢٤٨)، والحاكم في المستدرک (٢٣٨/٢، ٢٣٩)،
والترمذي (٤٢٧/٤)، والدارمي (٤٢١/٢)، والبيهقي (٢٩٦/١٠)، والدارقطني (١٨١/٤)،
وأبو داود (١٢٧/٣، ٢٩٥)، والنسائي (٢٧٣/٦)، وابن ماجه (٩١٩/٢)، وابن أبي شيبة (٦/٦)،
وأبو يعلى في مسنده (١٠٣/١٣)، وابن أبي عاصم في الأحمد (٣٤/٢، ٧٣، ١٠٢، ١٠٣)، والطبراني في
الكبير (٥٦/٢).

وانظر: الدراية في تحريج أحاديث الهداية (١٩٥/٢، ١٩٦)، ونصب الراية (١٢٨/٤، ١٥٥، ١٥٦).

اختلاف أبي حذيفة وابن أبي ليلى ٤٤٧

حدثني مطرف^(١) عن الشعبي^(٢) أنه قال: «لا ولاء إلا لدي بعمه». حدثنا «يثبت بن أبي سليم»^(٣) عن أبي الأشعث الصنعاني^(٤) عن عمر بن الخطاب «بأنه سئل عن رجل يسلم على يدي الرجل فيموت ويترك مالا فهو له وإن أبي فليت المال»^(٥). حدثنا أبو حذيفة عن إبراهيم بن محمد^(٦) عن أبيه عن مسروق^(٧) أن رجلا من أهل الأرض وإلى ابن عم له فمات وترك مالا فسألوا ابن مسعود^(٨) عن ذلك فقال: ماله له^(٩).

(١) وهو مطرف بن طريف أبو بكر الكوفي الحارثي، وقيل: الحارثي. روى عن عبد الرحمن بن أبي ليلى والشعبي وجماعة. وعنه السفينان وابن فضال وطائفة. روى له الستة. وثقه أبو حاتم. مات سنة ١٤٣.

(٢) هو عامر بن شراحيل أبو عمرو الحسيري الشعبي الكوفي الإمام العلم. ولد لست بين خلث من خلافة عمر. روى عنه وعن ابن مسعود ومرسلا وعن علي وأبي هريرة وعائشة وحريز وابن عباس وخلقي. أدرك حسنة من الصحابة. روى عنه ابن سيرين والأعمش وشعبة وخلق. قال أبو بكر: ما رأيت فيهم أنفه من الشعبي. وقال العجلي: مرسل الشعبي صحيح. مات سنة ١٠٤، وقيل غير ذلك. قلت: روى له الستة.

(٣) هو ليث بن أبي سيم القرشي الكوفي أحد العلماء والساك. روى عن عكرمة وغيره، وعنه معمر وشعبة والثوري. روى له الأربعة، ومسلم مقرونا وبالحارثي تعليقا. مات سنة ١٤٣.

(٤) هو شراحيل بن آدة - بعد المهر وتخييف الدل - أبو الأشعث الصنعاني صنعاء دمشق. وقيل: اليمس. روى عن عيادة بن الصامت وشداد بن أوس وثوبان وأوس بن أوس الثقفي وأبي هريرة والنعمان بن بشير وعبدالله بن عمرو وأبي ثعلبة الحنفي، وعنه أبو قلابة الجرسي وحسان بن عطية ومسلم بن يسار المكي وراشد بن داود ويحيى بن الحارث الذماري وغيرهم. وثقه ابن حبان والمجلي. ذكره ابن سعد في الطبقة الثانية من أهل اليمس. وكان يزل دمشق. شهد فتح دمشق مات زمن معاوية. قلت: روى له الخمسة وبالحارثي في الأدب.

(٥) قلت: أخرج ابن أبي شيبة عن طريق مجاهد أن رجلا أتى عمر فقال: إن رجلا أسلم على يدي فمات وترك ألفا فتخرجت منها، قال: أرايت لو جئ جناية علي من تكون؟ قال علي. قال فميراثه لك.

(٦) هو إبراهيم بن محمد بن المستشر بن الأجدع الهمداني الكوفي. روى عن أبيه وقيس بن مسلم، وعنه شعبة والسفنيان. وثقه أحمد وأبو حاتم. وقال جعفر الأحمر: كان أفضل من رأينا بالكوفة. قلت: روى له الستة. وأما أبوه محمد بن المستشر ابن أخي مسروق فروى عنه مسروق، وعنه عبد الملك بن عمير، ووثقه أحمد. قلت: روى له الستة.

(٧) هو مسروق بن الأجدع الهمداني أبو عائشة الكوفي، الإمام، القدوة. روى عن أبي بكر وعمر وعبي ومعاذ وابن مسعود وطائفة. وعنه زوجته قنبر وأبو رائل والشعبي، وأرسل عنه مكحول. قال أبو إسحاق: حج مسروق فما نام إلا ساجدا على وجهه. قال ابن المديني: صبي خلف أبي بكر. سمي مسروقا لأنه سرقه إنسان في صغره ثم وجد. وغير عمر اسم أبيه إلى عبد الرحمن فأتى في الديوان مسروق بن عبد الرحمن. مات سنة ٦٣. قلت: روى له الستة.

(٨) أخرج الإمام أبو يوسف في آثاره عنه عن محمد بن قيس عن مسروق أن رجلا من أهل

باب في الأوصياء

قال أبو يوسف: ولو أن رجلاً أوصى إلى رجل مائة الموصى إليه فوَصَّى إلى آخر، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هذا الآخر وصي الرجلين جميعاً، وهذا يأخذ ^(١). وكذلك بلغنا عن إبراهيم. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هذا الآخر وصي الذي أوصى إليه ولا يكون وصياً للأول إلا أن يكون الآخر أوصى إليه بوصية الأول فيكون وصيهما جميعاً. وقال أبو يوسف رحمه الله بعد: لا يكون وصياً للأول إلا أن يقول الثاني قد أوصيت إليك في كل شيء أو يذكر وصية الآخر.

قال: ولو أن وصياً لأيتام اتجر لهم بأموالهم أو دفعها مضاربة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو جائز عليهم ولهم. بلغنا ذلك عن إبراهيم السجعي ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تحوز عليهم والوصي ضامن لذلك ^(٣). وقال ابن أبي ليلى أيضاً: على التامس

الأردن واطأ ابن عم له وأسلم على يديه مائة وترك مالا فساأ ابن مسعود عن ذلك فأمره بأكل ميراثه.

وأخرجه محمد أيضاً في آثاره وقال: أتبل رجل من أهل الزمة فأقسم - الحديث *.
انظر: المسوط للشيباني (١٨٤/٤)، للسرخسي (٩١/٨).

(١) وبه قال محمد - أئده في المسوط باب الوصي والوصية ص ٢٢ - ٢٣ ج ٢٨ قال: فأما ابن أبي ليلى فيقول: هو مطلق الإيضاء يجعل الوصي خلفاً عنه فيما هو من حوائجه وحقوقه التي مرط فيها. وهذا مقصور على تركته فأما التصرف في تركة الموصي فلس من حوائجه في شيء فلا يملك الوصي ذلك إلا بالتخصيص عليه. ولكننا نقول: بعد قوله الوصية وموت الموصي صار التصرف في تركة الأول وأولاده الصغار من حوائجه فيما هو مستحق عليه بمنزلة التصرف في تركته نفسه. يوصحه أنه جعل الثاني خلفاً عنه قائماً مقامه في كل مكان يملكه بنفسه مما يقل النقل إلى الغير بعد موته، وقد كان ملك التصرف في التركتين جميعاً في حال حياته فيخلعه الوصي الثاني بينهما جميعاً بمطلق الإيضاء. وعن أبي يوسف رحمه الله كذلك إلى أن يخص تركته عند الإيضاء إلى الثاني بحيث يعمل تخصيصه، لأنه نظر نفسه في هذا التخصيص وهو أنه لا يتحمل وبال التصرف في ملك الغير حي وميتاً.

(٢) وأخرجه لإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن قال محمد: وبه يأخذ. وهو قول أبي حنيفة.

(٣) قال في المسوط باب الوصي والوصية ص ٢٨ ج ٢٨ لأن الموصي جعله قائماً مقامه في التصرف في المال ليكون المال محفوظاً عنده، وإنما يحصل هذا المقصود إذا كان هو الذي يتصرف بنفسه فلا يملك دفعه إلى غيره للتصرف كالوكيل، ولكننا نقول: هو قائم مقام الموصي في ولاية في مال الولد وقد كان للموصي أن يجعل هذا كله في ماله فكذلك الوصي، وهذا لأن الأمور به ما يكون أصبح للتيم وأحسن. قال الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ وقد يكون الأحسن في

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

الزكاة في أموالهم فإن أداها الوصي عنهم فهو صامن^(١). وقال أبو حنيفة رحمته: ليس على يتيم زكاة حتى يبلع، ألا ترى أنه لا صلاة عليه ولا فريضة عليه؟ وهذا ما أخذ. قال: ولو أن وصي ميت ورثته كمار وصغار ولا دين على الميت ولم يوصى بشيء باع عقاراً من عقار الميت، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول في ذلك: يبعه حائز على الصغار والكبار. وكان ابن أبي ليلى يقول: يجوز على الصغار والكبار إذا كان ذلك مما لا بد منه. وقال أبو يوسف رحمه الله: يبعه على الصغار جائر في كل شيء كان منه بد أولم يكن، ولا يجوز على الكبار في شيء من بيع العقار إذا لم يكن الميت أوصى بشيء يباع فيه أو يكون عليه دين^(٢).

نموص التصرف في ماله إلى غيره ببعض هذه الأسباب لعهره عن مباشرة ذلك بنفسه إما لكثرة أشغاله أو لقلّة هدايته.

(١) وفي كتاب الركة من المبسوط ح ٢ ص ١٦٢: «وكان ابن مسعود رحمته يقول: يحصى الولي أعرام اليتيم فإذا بلغ آخره، وهو إشارة إلى أنه يجب عليه الركة وليس للولي ولاية الأداء، وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله. قال: إذا أداه الولي من ماله صمن. قال: ولنا قوله رحمته: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن الدائم حتى يتيم، وعن المجنون حتى يفق» * . وفي إيجاب الركة عليه إخراج القلم عليه، فإن الوجوب يختص بالذمة ولا يجب في ذمة الولي فلا بد من القول بوجوبه على الصبي وفيه يوجه إخطاب عليه والمراد بقوله: «كي لا تأكلها الصدقة»: أي الفققة، ألا ترى أنه أضاف الأكل إلى جميع المال، والفققة هي التي تأتي على جميع المال دون الركة. والمعنى فيه لها عباده محصة فلا تجب على الصبي كسائر العبادات» إلخ. قلت: وعدم الوجوب عليه قول عبي وابن عباس. وذهب إلى وجوبه ابن عمر وعائشة وابن مسعود رضي الله عنهم.

(٢) وقول محمد مع أبي يوسف. قال في المبسوط ح ٢٨ ص ٣٤: وأبو حنيفة استحسن فقال: لما نئنت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الكل، لأن الولاية بسبب الوصية لا تختص بالحري. وهذا لأن في بيع البعض إصرار بالصغير والكبير جميعاً، لأنه ثبت به نصيب الكبير والأشخاص لا يشترى بما لا يشترى به الحل فكان في بيع الكل توفر المنفعة عليهم، وللوصي ولاية في نصب الكبير فيما يرجع إلى توفير المنفعة عليه، ألا ترى أنه يملك الحفظ وبيع المقولات حال عيته لما فيه من المنفعة له؟

* رواه الترمذي (٣٢/٤)، والدارمي (٢٢٥/٢) وابن أبي شيبة (١٩٤/٤)، وانظر: نصب الرابة (٢/٣٣٣).

باب في الشركة والعق و غيره

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة ولأحدهما ألف درهم وللآخر أكثر من ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليست هذه بمفاوضة. ومهد بأخذها. وكان ابن أبي ليلى يقول: هذه معاوضة جائزة وأمال بينهما بصفان.

قال: ولو أن عبداً بين رجلين أعتق أحدهما بصفه وهو موسر، كان الخيار للآخر في قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن شاء أعتق العبد كما أعتق صاحبه، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته فيكون الولاء بينهما، وإن شاء ضمن شريكه نصف قيمته ويرجع الشريك بما ضمن من ذلك على العبد ويكون الولاء للشريك كله، وهو عبد ما بقي عليه من السعاية شيء. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هو حر كله يوم أعتقه الأول والأول ضامن لنصف القصة ولا يرجع بها على العبد وله الولاء، ولا يخير صاحبه في أن يعتق العبد أو يستسعيه. ولو كان الذي أعتق العبد معسراً كان الخيار في قول أبي حنيفة للشريك الآخر، إن شاء ضمن العبد نصف قيمته يسعى فيها والولاء بينهما، وإن شاء أعتقه كما أعتق صاحبه والولاء بينهما. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان معسراً سعى العبد للشريك الذي لم يعتق في نصف قيمته ويرجع بذلك العبد على الذي أعتقه والولاء كله للذي أعتقه وليس للآخر أن يعتق منه شيئاً. وكان يقول: إذا أعتق شقصاً في مملوك فقد أعتقه كله ولا يتبع العبد فيكون بعضه رقيقاً وبعضه حراً. وبه نأخذ ^(١).

- (١) قلت: وبه قال محمد. أودعه في المبسوط ورد: ولكنها عن قال فيينا وبه اتفاق أن من شروط المفاوضة المساواة في رأس المال وقلنا لما اعدم ما هو شرط صحة المفاوضة لم تكن الشركة مفاوضة بينهما ولكنه عنان عام فكأهما باثرا شركة العنان ولقباه بلفظ فاسد الخ.
- (٢) وهو قول الإمام محمد أيضاً. والمسألة في باب عتق العبد بين الشركاء من المبسوط ص ١٠٣ ح ٧ واحتج لما السرخسي فقال: لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك». وفي الكتاب ذكر هذا اللفظ عن عمر أيضاً رضي الله عنه. والمعنى فيه أن العتق يسقط للرق والرق لا يتجزأ ابتداء وبقاء وبطلان بالعلاق لا يتجزأ الخ. قال: واستدل أبو حنيفة رحمه الله بحديث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شقصاً له في عبد فإن كان موسراً عليه خلاصه، وإلا فقد عتق ما عتق ورق ما رقى». وقال علي رضي الله عنه: «يعتق الرجل من عبده ما شاء»، وأبو ليلى رحمه الله رحمه الله: «فهو حر كله» سيصير حراً كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيان أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه وهو مذهبنا، ولأن هذا إزالة ملك اليمين فيتحرراً في محل كالبيع، وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق، فالرق اسم لضييق ثابت في أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحصل التملك

أرايت ما أعتق منه أ يكون رفيقاً؟ فإن كان ما أعتق منه يكون رفيقاً فقد عتق، فكيف يجتمع في معتق واحد عتق ورق؟ ألا ترى أنه لا يجتمع في امرأة بعضها طالق وبعضها غير طالق وبعضها امرأة للروح على حائض؟ وكذلك الرقيق. وهذا يأخذ، لا حصلة لا يرجع العبد بما سعى فيه على الذي أعتقه. وقال أبو حنيفة ^(١): لا يصح بيعه وبعضه رقيق. وهذا كله بمنزلة العبد ما دام منه شيء رقيق أو يسعى في قيمته، أرايت لو أن الشريك قال: نصيب شريكى منه حر وأما نصيبى فلا، هل كان يعتق منه ما لا يملك وإذا أعتق منه ما يملك فكيف يعتق منه ما لا يملك، وهل يقع عتق فيما لا يملك الرجل؟ قال: ولو أن عبداً بين رجلين كاتبه أحدهما بغير إذن صاحبه ولا رضاه فأذكر ذلك صاحبه قبل أن يؤدي المكاتب شيئاً، فإن أبا حنيفة ^(٢) كان يقول: المكاتب باطلة ولصاحبه أن يردها لأنها متعنة تصل إليه وليس ذلك له دون صاحبه. وبه يأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: المكاتب جائزة وليس للشريك أن يردها. ولو أن الشريك أعتق العبد كان العتق باطلاً في قول ابن أبي ليلى ^(٤) حتى ينظر ما يصنع في المكاتب، فإن أدها إلى

كأحية إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا بقاء صفة الرق في الخلق كما لا يكون حياً إلا باعتبار صفة الحياة في الخلق، لذلك لا يدل على أن الأحية مملوكة له، فإذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزي فيما يرول بقدر ما يريه، ولهذا لا يعتق شيء منه بإعتاق البعض عند أبي حنيفة حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد، وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ. وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ، وإنما يسمى منه إعتاقاً مجازاً على معنى أنه إذا تم إزالة الملك بطريق الإسقاط يعقبه العتق الذي هو عبارة عن القوة لا أن يكون الفعل المريل ملائقاً للرق الخ.

(١) وبه أخذ الإمام محمد أيضاً أفاده السرخسي قال: لأن في إبقاء هذا العقد صبراً على شريكه من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في نصيبه وتتعذر عليه استدامة الملك بعد أداء بدل الكتابة، ومن تصرف في ملكه تصرفاً يلحق الضرر بغيره فإن ذلك الغير يتمكن من دفع الضرر عن نفسه، ألا ترى أن للشعير أن يأخذ الشعير بالشعيرة لدفع الضرر عن نفسه؟ وهذا العقد محتمل للفسخ، فغنياً: يدفع الشريك الضرر عن نفسه بفسخه، ألا ترى أن المكاتب إذا كسر نجماً أو حصى كان للمولى أن يفسخ الكتابة لدفع الضرر عن نفسه وأن المكاتب حتى عجز عن أداء بدل الكتابة كان له أن يفسخ العقد لدفع الضرر عن نفسه، وبه فارق حقيقة العتق فإنه غير محتمل لنسخ فدفع الضرر يكون بانتزاعه من هناك، وبه فارق البيع لأنه لا ضرر على الشريك في إبقاء البيع في نصيب الشريك.

(٢) وهذا بناء على أن الكتابة لا تجزأ عنه فإذا أدى البدل عتق الكل من جهة مفسار صاماً بمصر قيمته لشريكه. وعد أبي حنيفة تجزأ الكتابة فالمكاتب لم يصير مستحقاً نصيب الشريك فلهذا نعتق من الشريك في نصيبه ويسعى المكاتب في بدل الكتابة، وإن شاء في نصف قيمته

صاحبها عتق وكان الذي كاتب صامنا لنصف القيمة والولاء كله له، وكان أبو حنيفة يبيح يقول: عتق ذلك جائر ويحير المكاتب، فإن شاء ألقى الكتابة وعحر عنها، وإن شاء معي فيها، فإن عحر عنها كان الشريك الذي كاتب بالخيار إن شاء ضمن الذي أعتق، إن كان موسراً، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته، وإن شاء أعتق العبد، فإن ضمن الذي أعتق كان له أن يرجع على العبد بما ضمن.

قال: ولو أن مملوكاً بين اثنين دبره أحدهما، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس للآخر أن يبيعه لما دخل فيه من العتق. وبه تأخذ ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يبيع حصته.

وإذا ورث أحد المتفاوضين ميراثاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو له خاصة. وبهذا تأخذ ^(٢). قال: وتتقصص المفاوضة إذا قضى ذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو بينهما نصفان.

قال: وإن كان العبد بين اثنين فدبره أحدهما ثم أعتقه الآخر ألبته، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الذي دبره بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته مديراً وإن شاء ضمن المعتق نصف قيمته مديراً إن كان موسراً ويرجع به المعتق على العبد والولاء بينهما نصفان. وكان ابن أبي ليلى يقول: التدبير باطل والعتق جائز والمعتق ضامن لنصف قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً سعى فيه العبد ثم يرجع على المعتق والولاء كله للمعتق ^(٣). وقال أبو يوسف: إذا دبره أحدهما فهو مدير كله وهو ضامن نصف قيمته،

للمشريك الآخر، وهذا الخيار عنده باعتبار أن العتق يحتمل التجريء - السرخسي.

(١) والمسألة متفق عليها عند أئمتنا كما ذكرها السرخسي. قال: وهذا بناء على أن استحقاق العتق يثبت بالتدبير عدنا حتى يسمع على المدير بيع نصيبه فيمنع على الشريك أيضاً مع نصيبه اعتباراً لحق العتق بحقيقة العتق إلخ.

(٢) وبه قال الإمام محمد أيضاً. أماده السرخسي، لأننا نقول: عقد المعاوضة إنما يوجب الشركة بينهما فيما يحصل بطريق التجارة لأن كل واحد منهما يكون وكيلاً لصاحبه في ذلك الصرف وهذا في الإرث لا يتحقق، ثم الملك بالميراث ليس بحادث من الوراثة خلافاً لبقية لوارث اسلك الذي كان ثابتاً للمورث. وسبب هذه الخلافات لم يوجد في حق الشريك. ولو قلنا بأن المعاوضة بوجب الشركة بينهما في الموهوب والموروث لبطلت في نفسها. لأنها تصير في معنى القسار والمخاطرة وذلك باطل شرعاً.

(٣) هذه المسألة مقدمة في المسوط على مسألة الشركة التي قلها. قال السرخسي: ولكن قد نسب لنا أن بالتدبير يثبت استحقاق العتق كما يثبت بالاستيلاء. وقد قررنا هذا في العتق، كما أنه إذا سد

باب في المكاتب

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كاتب الرجل المكاتب على نفسه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ماله لمولاه إذا لم يشترط المكاتب ذلك، وبه يأخذ^(١)، وكان ابن أبي ليلى يقول: المكاتب له المال وإن لم بشرط.

قال: وإذا قال المكاتب، قد عجزت وكسر مكاتبتك ورده مولاه في الرق، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذلك جائز. وهذا يأخذ، وقد بلغنا عن عبد الله بن عمر أنه رد مكاتباً له حين عجز وكسر مكاتبتك^(٢) عند غير قاض، وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يجوز ذلك إلا عند قاض، وكذلك لو أتى القاضي فقال: قد عجزت، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يرده، وهذا يأخذ، وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أردّه حتى يجتمع عليه نعمان^(٣)، قد حلا عليه في يوم خاصم إليه. ثم قال أبو يوسف بعد: لا أردّه حتى أنظر فإن كان رحمه قريباً وكان يرجي لم يعجل عليه.

قال: وإذا تروح المكاتب^(٤) أو وهب هبة أو اعتق عبداً أو كمل بكفالة أو كمل عنه

الاسبيلاد من أحدهما في نصيبه لم يطل ذلك بإعتاق الآخر فكذلك إذا هذا التديبر. وهذا لأن الولاء بالتديبر صار مستحقاً له حتى إذا اعتق بعد موته يكون ولاؤه له فلا يتمكس الآخر من إبطال هذا الولاء عليه.

(١) قلت: وهو قول محمد رحمه الله، وذلك لأن التديبر عدلها لا يتجزى كالعتق ويضمن نصيب شريكه، موسراً كان أو معسراً لأنه صار متمسكاً على شريكه نصيبه وصمان التملك لا يختلف باليسار والإعسار.

(٢) وبه قال محمد، أدّاه السرخسي، لأننا نقول: ما اكتسبه قبل عقد الكتابة ملك المولى فهو بمنزلة مال آخر للمولى في يده فلا يستحقه المكاتب بمطلق الكتابة وهذا لأن الاستحقاق بالعقد إذا ثبت فيما يضاف إليه العقد وإذا أصيب العقد بها إلى رفته دون ماله فلا يستحق به المال كما في البيع ويحرر نسلم أنه بعقد الكتابة يمكنه من الصرف ولكن يمكنه من ذلك لسماعه لا لملكه وبالعقد الكتابة يصير هو أحق بمنافع نفسه عندنا - السرخسي

(٣) روى ابن أبي شيبة من طريق أبان البجلي عن عطاء أن ابن عمر كاتب علاماً به على ألف دينار فأداهما إلا مائة فردّه في الرق، المصنف (٣٩٤/٤).

(٤) قال السرخسي: وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف أنه لا يرد إلى الرق حتى يجمع عليه نعمان.

(٥) قال السرخسي: وعدنا لا يملك أن يروح نفسه ولا عبده ولكن يملك أن يروح أمه لما فيه من اكتساب المال، وبطلان كماله عنه ليس بطريق أنه يبرع ولكن بطريق إعدام محبة، لأن الكفالة

رجل لمولاه بالذي عليه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هذا كله باطل لا يجوز. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: نكاحه وكفائه باطل وما تكفل به رجل عنه لمولاه فهو جائز. وأما عتقه وهنته فهو موقوف، فمن عتق أمضى ذلك، وإن رجع مملوكًا فذلك كله مردود ^(١).

وقال أبو حنيفة رحمه الله: كيف يجوز عتقه وهنته وكف تجوز الكفالة عنه لمولاه؟ أرايت رجلا كمل لرجل عن عبده كفالة ألبست باطلا؟ فكذلك مكاتبه. وهذا يأخذ. وبلغنا عن إبراهيم أنه قال: لا يجوز أن يكفل الرجل للرجل بمكاتبه عبده، لأنه عبده وإنما كفل له بماله ^(٢). وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا كان له مال حاضر فقال: أؤديه اليوم أو غد، فإنه كان يقول: يؤجله ثلاثة أيام.

باب في العتق

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا قال الرجل لعبده: إن بعتك فأنت حر ثم باعه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يعتق، لأن العتق إنما وقع عليه بعد البيع وبعد ما خرج من ملكه وصار لغيره. وهذا يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع العتق من مال البائع ويرد الثمن

الترام المال في الدمة عبده وهذا يوجب براءة الأصل، وقبام الرق فيه يخرجه من أن يكون أهلا لالتزام المال في ذمته عنده ولهذا قال: لا تمتد كفائه بعد ما عتق.

(١) قال السرخسي: فأما عندنا عتقه وهنته باطلان عجز أو عتق. لأن نفوذ هذا التصرف باعتبار حقيقة الملك والرق ينافي الأهلية لذلك. وأما كفائه فلا تكون صحيحة ما لم يعتق فإذا عتق نفذ، بمنزلة كفالة العبد فإن ذمته خالص حقه ولكن الدين لا يجب في دمة الرقيق إلا شاعلا مالية رفته وذلك حق المولى باعتبار أن تصرفه لا يلقى محلا هو حقه كان صحيحا في حقه، وباعتبار أنه معلق بمالية المولى. قلنا: ثابتة تؤخر المطالبة عنه إلى حال العتق. ولو كفل لاسان عنه بدل الكفانة لمولاه لم يجز عبدا لأن الكفالة تستدعي ديناً صحيحاً وقيم الرق يصح وجوب دين صحيح للمولى على مملوكه. لأنه الترام للمطالبة والمطالبة بدل الكتابة لا تقوى في حق المكاتب ولهذا يملك أن يعحر نفسه.

(٢) أخرجه أبو يوسف في آثاره [ص ١٩١] عنه عن حماد عن إبراهيم أن رجلا مكمل لرجل بمال عن مكاتبه أن ذلك باطل، وكيف يجوز وإنما كفل بماله عن عبده؟ وأخرجه عنه في مقام آخر ولعله: الكفالة عن المكاتب ليست بشيء لأنه كفل له بماله، وأخرجه محمد أيضاً في آثاره عنه أنه قال في الكفالة في المكاتب ليست بشيء إنما هو مالك مكمل لك به، وذلك أنه لو عحر وقد أخذت من الكفالة بعض مكاتبته رد المكاتب في الرق ولم يكن لك ما أخذت، لأن ما أخذت منهم فهو ملك لهم وفي رتبة عبدك. قال محمد: وبه يأخذ، إذا كفل الرجل للرجل بالمكاتبه عن مكاتبته فالكفالة باطلة، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله.

على المشتري، لأنه حلف يوم حلف وهو في ملكه^(١). وكذلك لو قال اساع: إن كنت فلاناً فأت حر فباعه ثم كلم فلاناً، فإن أبا حنيفة^(٢) كان يقول: لا يصح، ألا ترى أنه قد خرج من ملك البائع الخائف؟ أرايت لو أعتقه المشتري أخرج إلى الخائف وقد صار للمشتري؟ أرايت لو أن المشتري ادعاه ورغم أنه ابنه فأثبت انقاضي ماله وهو رجل من العرب وجعله اسه ثم كلم البائع ذلك الرجل الذي حلف عليه أن لا يكسبه أبطل دعوى هذا ونسبه ويرجع الولاء إلى الأول؟ وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: يرجع الولاء إلى الأول ويرد الثمن ويبطل النسب. وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن كنت فلاناً ثم طلقها واحدة بائنة أو واحدة، يملك الرجعة وانقضت عدتها ثم كلم^(٣) فلاناً، فإن أبا حنيفة^(٤) كان يقول: لا يقع عليه^(٥) الطلاق الذي حلف به، لأنها قد خرجت من ملكه، ألا ترى أنها لو تزوجت زوجاً غيره ثم كلم الأول فلاناً وهي عد هذا الرجل لم يقع^(٦) عليها الطلاق وهي تحت غيره. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق، لأنه حلف بذلك وهي في ملكه.

قال: وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها أبداً فهي طالق ثلاثاً وكل مملوك أملكه فهو حر لوجه الله تعالى فاشترى مملوكاً وتزوج امرأة، فإن أبا حنيفة^(٧) كان يقول: يقع العتق على المملوك والطلاق على المرأة، ألا ترى أنه طلق بعد ما ملك واعتق بعد ما ملك؟ وقد بلغنا عن علي^(٨) أنه كان يقول: «لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك»^(٩). فهذا إما وقع بعد الملك كله، ألا ترى أنه لو قال: إذا تزوجتها أو ملكتها فهي

(١) وهذا بناء على أصل مختلف فيه بيننا وبينه أن في اليمين بالطلاق والعتاق عدنان يشترط قيام المملك عند وجود الشرط لخصوله الجزاء وعده لا يشترط ويعتبر قيام المملك في المحل بالأهلية في المتصرف وذلك لا يشترط عند وجود الشرط حتى إن من قال لعمري: إن دخلت الدار مات حر ثم جن الخائف ثم وجد الشرط يقع الطلاق والعتاق، ومعلوم أن تأثير الأهلية أكثر من تأثير المملك في المحل. فأما إذا كان يسقط اعتبار الأهلية عند وجود الشرط فلأن يسقط اعتبار المملك في المحل أولى. ولكنا نقول: المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالسحر فكما أن تحيز العتق لا يصح إلا عند قيام المملك في المحل فكذلك يزول الجزاء عند وجود الشرط، إلا أنه يصير كالمسحر بذلك الكلام السابق، وذلك الكلام صح منه في حال إقامته والجنون إما يبيح الأهلية لتكتم بالطلاق والعتاق على وجه يكون إيقاعاً في حقه وهذا غير معتبر عند وجود الشرط - السرخسي

(٢) كذا في الأصل. وفي المسوط: «ثم كسبت» وكل محتمل.

(٣) كذا في الأصل ولعل الصواب عليه.

(٤) كذا في الأصل ولعله أيقع بهمة الاستفهام.

(٥) أخرجه ابن ماجه عن عبد الرزاق عن معمر عن جوير عن الصحاح عن لزال عن سيرة عن علي

طالق صارت طالقاً؟ وهذا يأخذ، ألا ترى أن رجلاً لو قال لأمنه: كل ولد تلديه هو حر ثم ولدت بعد عشر سنين كان حرّاً؟ فهذا عتق ما لم يملك، ألا ترى أن رجلاً لو كانت عنده امرأة فقال لها: إن تروجتي فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها في العدة أو بعدها أن ذلك واقع عليها، لأنه حلف وهو يملكها ووقع الطلاق وهو يملكها؟ أرايت لو قال لعبد له: إن اشتريتك فأنت حر فباعه ثم اشتراه أما كان يعتق؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع في ذلك عتق ولا طلاق إلا أن يوقت وقتاً، فإن وقت وقتاً في مسين معلومة، أو قال: ما عاش فلان أو مائة أو وقت مصرّاً من الأمصار أو مدينة أو قبيلة لا يتروح ولا يشتري منها مملوكاً، فإن ابن أبي ليلى يوقع على هذا الطلاق. وأما قول أبي حنيفة رحمه الله فإنه يوقع في الوقت وغير الوقت. وقد بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: إذا وقت وقتاً أو قبيلة أو ما عاشت فلانة وقع ^(١). وإذا قال الرجل: إن وطئت فلانة فهي حرة فاشترها فوطئها، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا تعتق، من قبل أنه حلف وهو لا يملكها، وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: تعتق فإن قال: إن اشتريتك فوطئت فأنت حرة فاشترها فوطئها، فهي حرة في قولهما جميعاً.

رحمه الله مرفوعاً ولمطه: «لا طلاق قبل النكاح» ولم يذكر العتق.

وأخرج عن الزهري عن عروة عن المسور مرفوعاً: «لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك». وأخرج البيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو رفعه قال: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك».

وروى عن اليماني عن أبي عيسى عن جابر رفعه: «لا رضاع بعد فصال، ولا يتم بعد احتلام، ولا عتق إلا بعد ملك، ولا طلاق إلا بعد نكاح».

وروى عن عمرو بن دينار عن طدوس عن معاذ بن جبل رفعه: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك» وروي عن النزال عن مسروق عن علي قوله: «لا طلاق إلا بعد النكاح».

وروي عنه عن عروة عن عائشة.

وروي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا من بعد ملك» *

(١) قال المولى علي القاري في شرح مختصر الوقاية: وقال مالك في المشهور عنه: إذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة نحو فرشية أو أرضاً نحو مكة أو نحو هذا بأن قال: كل امرأة، من غير زيادة وصف هائل، ليس يلزمه ذلك، لما في الموطأ أن عبد الله بن مسعود كان يقول مسن قال: كل امرأة نكحها فهي طالق: إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه. قال مالك: وهذا أحسن ما سمعت.

* رواه الترمذي (٤٨٦/٣)، وعيد الرزق (٤١٧/٦)، (٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١)، والبخاري (٥/٢٠١٧)، والحاكم (٢٢٢/٢)، وابن ماجه (٦٦٠/١)، والبيهقي (٣١٧/٧، ٣٢١).

باب في العارية وأكل الغلة

قال أبو يوسف: وإذا أعار الرجل الرجل أرضاً يسي فيها ولم يوقت وقتاً ثم بدا له أن يخرجه منها بعد ما بني، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: مخرجه ^(١). ويقال للذي سي: انقض بناءك. وهذا تأخذ ^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: الذي أعاره صامس لقيمة البیان. والساء للمعبر. وكذلك بلغنا عن شريح ^(٣). فإن وقت له وقتاً فأخرجه قبل أن يبلغ ذلك الوقت فهو صامس لقيمة البناء في قولهما ^(٤) جميعاً.

قال: وإذا أقام الرجل البينة على أرض وحل فيها أنها له وقد أصاب الذي هي في يديه من غلة النخل والأرض والشمع، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الذي كانت في يديه ضامن لما أخذ من الثمرة. وبه تأخذ ^(٥).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا صمد عليه في ذلك.

قال: وإذا زرع الرجل الأرض ^(٦)، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الزرع للذي كانت في يديه وهو ضامن لما نقصت الأرض في قول أبي حنيفة رحمته الله ويتصدق بالفصل ^(٧). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يتصدق بشيء وليس عليه ضمان.

قال: وإذا أخذ الرجل أرض رجل إجارة سنة وعلمها وأقام فيها سنتين، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: هو ضامن لما نقصت الأرض في السنة الثانية ويتصدق بالفصل

(١) وفي نسخة الأصل: إن شاء أخرجه.

(٢) وفي نسخة الأصل: وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد. والمسألة في العارية ص ١٤١ ح ١١ من مسوط السرخسي مع البسط والدلائل.

(٣) وفي نسخة الأصل: السعدي عن القاسم عن شريح أنه قال: إنما رجل أدن لرجل أن يسي في ملكه ثم أخرجه ضمن البناء.

(٤) وفي بعض النسخ الأصل: في قولهم. والمسألة في العارية ص ١٤١ ح ١١ من السوط ومبها خلاص زفر ذكرها الحجج.

(٥) وفي بعض النسخ الأصل: وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد. والسنة ذكرت في العارية ص ١٤٩ ح ١١ من مسوط السرخسي قال: ولكننا نقول: الثمرة عين مال متقوم بدليل جوار بمها وهي مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب صامساً لئلا بالإنفاق كولد إيجارية والحمل في الشاة إذا أتلصها.

(٦) وفي نسخة من الأصل: وإذا عصب الرجل الأرض مررعها.

(٧) وفي نسخة من الأصل زاد: هو قول محمد.

ويعطي أجر السنة الأولى^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه أجر مثلها في السنة الثانية. قال: وإذا وجد الرجل كثرًا قديمًا في أرض رجل أو داره، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: هو لرب الدار وعليه الخمس وليس للذي وجده منه شيء^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو للذي وجده وعليه الخمس^(٣) ولا شيء لصاحب الدار والأرض فيه. وبه يأخذ، والله أعلم.

باب في الأجير والإجارة

قال أبو يوسف رحمته: وإذا اختلف الأجير والمستأجر في الأجرة، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل. وهذا يأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول الأجير فيما بينه وبين أجر مثله إلا أن يكون الذي ادعى أقل فيعطيه إياه، وإن لم يكن عمل العمل تحالفا وتراذًا في قول أبي حنيفة رحمته، ويتبعي كذلك في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف بعد: إذا كان شيء متقارب قلت قول المستأجر وأحفظته، وإذا تفاوت لم أقل وأجعل للعامل أجر مثله إذا حلف.

قال: وإذا استأجر الرجل بيتًا شهرًا يسكنه فسكنه شهرين أو استأجر دابة إلى مكان

(١) وهو قول محمد. أماده في الأصل.

(٢) وهو قول الإمام محمد كما ذكره في الأصل.

(٣) وفي نسخة: ويحتمس، وكذا في الحرف الذي قبله. والمسألة في ختم كتاب الإجارة من المبسوط.

(٤) وبه قال محمد. والمسألة في كتاب الإجارة من المبسوط ص ٩٣ ج ١٥ قال: ولو اختلفا في الأجر وقد عمله عملاً على ما وصفه له، فإن أقام البينة فالبينة بينة العامل، لأنه يثبت الزيادة في حقه وهو الأجر فترجح بينته بذلك، وإن قال رب الحلف: عملته لي بغير أجر، وقال العامل: عملته لغيرهم ولا بينة بينهما، فعلى رب الحلف اليمين لله ما شرطه على درهم، لأن العامل يدعي عليه الدرهم دينًا في الذمة وهو مسكر فالقول قول المسكر مع اليمين، فإذا حلف غرم له ما زاد العمل في حقه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر، لأن رب الحلف يدعي عليه هبة العمل، وهو لو أقر به لزمه فإذا أنكر يحلف عليه، وإذا حلف انتفى ما ادعى كل واحد منهما من العقد يبقى نعله متصلاً بحلفه بغير إذن صاحب الحلف فتعجب قيمته، لاحتباس ملك الغير عنده، ولا يجب أجر النخل لأن المنفعة لا تقوم إلا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك، فأما العين متقوم بنفسه، ولو أقام البينة أخذت بينته العامل، لإثباته الزيادة، إلى أن قال: ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الأجرة، فإن لم يكن أحد في العمل تحالفا وتراذًا، لأن الإجارة بوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين في البذل فيعم ذلك أنواع البوع، ثم قال: وإن كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب، إلى أن قال: ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل، ففي حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان اعتبارًا للبعض بالكل، إلى أن قال: وعلى قول ابن أبي ليلى القول قول الأجير إلى أجر مثله كما في مسألة الصباغ الخ.

فجاءوا بها ذلك المكان^(١)، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الأجر فيما سمي ولا أجر فيما لم يسم، لأنه قد خالف وهو ضامن حين خالف ولا يجتمع عليه الضمان والأجر. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: له الأجر فيما سمي، وفيما خالف إن سلم، وإن لم يسلم ذلك ضمن ولا نحمل عليه أجراً في الخلاف إذا صمم.

قال: وإذا تكرار الرجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم^(٢) فحمل عليها أكثر من ذلك فعطيت الدابة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو ضامن قيمة الدابة بحساب ما راد عليها وعليه الأجر تاماً إذا كانت قد بيعت المكان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عيه قيمتها تامة ولا أجر عليه^(٣).

قال: وإذا غرقت السفينة الملاح وفرق الذي فيها وقد حملة بأجر فغرقت في مده أو معاجته السفينة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو ضامن. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه في المد خاصة.

(١) وعبد السرحسي: ثم عطيت بعد ضمن قيمتها عبداً ولم يسقط عنه الأجر، وعلى قول ابن أبي ليلى ليس عليه شيء من الأجر. قال: لأن الأجر والضمان لا يجتمعان وقد تقرر عليه الضمان. ولأنه بالضمان ملك المضمون، ولا يوجب عليه الأجر بسبب الانتفاع بذلك نفسه، ولكن يقول: لما انتهى العقد نهاية وتقرر الأجل دينا في دمه ثم بالمخاطرة صار عاصياً صاماً فلا يسقط عنه الأجر بذلك، بمزلة ما لو أوردتها على صاحبها ثم غصبها منه، وهذا لأن الملك بالضمان إنما يست له من وقت وجوب الضمان عليه وذلك بعد المخاطرة. والأجر إنما لزمه بمقابلة ما دفع استوفاه قبل ذلك. قلت: وذكر المسألة في الإجارة في (ص ١٥١ ح ١٥) أيضاً وقال معللاً. لأنه عاصب في السكنى، والمنافع لا تنقوم إلا بالعقد، وعبد ابن أبي ليلى أجر مثلها في الشهر الثاني. وقد بينا نظيره في العارية، وذكرت في ص ١٧٣ من هذا الجزء أيضاً وقال فيها: لم يصح عند الإمام في قوله الأول ثم رجع.

(٢) المختوم: الصاع بعينه عن أبي عبيد، ويشهد له حديث الخدري: «الوسق ستون محتوماً» - من المغرب.

(٣) قال في باب ما يصمن فيه الأجير ص ١٢ ح ١٦ من المبسوط: ولو تكرار دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر محتوماً فلما بلغ المئصد عطيت الدابة بعينه الأجر كاملاً، لاستيفاء المفقود عنه بكماله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر ما راد. وقد بينا هذا في العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الحاية في بي آدم أن المعتبر هناك عدد الحاية في حق صمن الممس الخ.

(٤) قال في المبسوط (ص ١٠ ح ١٢): قال أبو حنيفة في الملاح إذا أخذ الأجر فإن غرقت السفينة من ربح أو موح أو شيء وقع عليه أو جبل صدقته فلا ضمان على الملاح، لأن انتفع ما حصل من عمله. وإن غرقت من مده أو معاجته أو حلقه فهو ضامن. لأن هذا من جناية الملاح وأجير مشترك.

باب القسمة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كانت الدار صغيرة بين اثنين أو شقص قليل في دار لا يكون بيتاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: أيهما طلب القسمة وأبى صاحبه قسمت له، ألا ترى أن صاحب القليل يتفجع بنصيب صاحب الكثير؟ وهذا نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقسم شيء منهم.

باب الصلاة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أتى الرجل إلى الإمام في أيام التشريق وقد سبقه بركعة فسلم الإمام عند فراغه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يقوم الرجل فيقضي ولا يكبر معه، لأن التكبير ليس من الصلاة إما هو بعدها. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: يكبر ثم يقوم فيقضي.

قال: وإذا صلى الرجل في أيام التشريق وحده أو المرأة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تكبير عليه ولا تكبير على من صلى في جماعة في غير مصر جامع ولا تكبير على المسافرين. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليهم التكبير. أخبرنا أبو يوسف عن عبيدة^(٣) عن إبراهيم أنه قال: التكبير على المسافرين وعلى المقيمين وعلى الذي يصلي وحده وفي

(١) قال السرخسي في القسمة (ص ١٣ ح ١٥): فإن كانت دار بين رجلين وأحدهما فيها بعض قليل لا يتفجع به إذا قسم فأراد صاحب الكثير انقسمة قسمها بينهم وإن أبى ذلك صاحب القليل عدماً.

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها، وكذلك إن كان سائر الشركاء لا يتفجعون بأصابعهم إلا هذا الواحد الطالب للقسمة فإنه يقسمها بينهم، وإن كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها إذا كان لا يقع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن أبي ليلى لا يقسمها عند إباء بعضهم إلا إذا كان كل واحد منهم يتفجع بنصيبه بعد القسمة. ثم احتج لكلا القولين.

(٢) قال في المبسوط (ج ٢ ص ٤٥): والمسبوق يتابع الإمام في سجود السهو، لأنه مؤدى في حرمة الصلاة ولا يتابعه في التكبير والتلبية لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة. وعلى هذا إذا سئ الإمام سجود السهو لم يسجد القوم لأنه مؤدى في حرمة الصلاة فكانوا مقتدين به لا يأتون به دونه، وإذا سئ التكبير أو التلبية أو تركهما متأولاً لم يترك القوم لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة.

(٣) هو عبيدة مصرعاً ابن معتب بكسر المشاة الصبي أبو عبد الرحيم، وفي نسخة عبد الكريم الكوفي. روى عن إبراهيم الحنفي وأبي داود، وعنه شعبة وهشيم. قال ابن عدي: مع ضعفه يكتب حديثه. علق البخاري فرد حديث. وروى له أبو داود والترمذي وابن ماجه.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٦١

جماعة، وعلى المرأة، وبه يأخذ^(١)، حدثنا بحالد^(٢) عن عامر مثله.

قال: وإذا أدرك الإمام وهو راكع فكبر معه ثم لم يركع حتى رفع الإمام رأسه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يسجد معه ولا يعتد بتلك الركعة. أحسبنا بذلك^(٣) عن الحسن عن الحكم عن إبراهيم. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يركع ويسجد ويحتسب بذلك من صلاته^(٤).

(١) قال في المسبوط ج ٢ ص ٤٤: وقال أبو يوسف ومحمد: كل من يصلي مكتوبة في هذه الأيام فعليه التكبير مسافراً كان أو مقبلاً في المصر أو القرية رجلاً أو امرأة في الجماعة أو وحده. وهو قول إبراهيم، لأن هذه التكريرات في حق غير الحاج بمنزلة التلبية في حق الحاج، وفي التلبية لا تراعى هذه الشروط فكذلك في التكريرات، وأبو حنيفة احتج بما روي «لا جمعة ولا تسريع إلا في مصر جامع» قال الخليل والنصر بن شبيب: انتشريق في اللغة التكبير، ولا يجوز أن يحمل على صلاة العيد فقد قال في حديث علي عليه السلام: «لا جمعة ولا تسريع ولا نطر ولا صحن إلا في مصر جامع» فقد ثبت في الحديث أنه بمنزلة الجمعة في اشتراط المصر فيه، فكذلك في اشتراط الدكورة والإقامة والجمعة، ولهذا لم يشترط أبو حنيفة فيه الحرية كما لا يشترط في صلاة الجمعة.

(٢) هو بحالد بن سعيد بن عمير اهملاني أبو عمرو الكوفي أحد الأعيان، روى عن الشعبي وأبي الوداك وطائفة. وعنه ابنه إسماعيل والثوري وابن السارك وخلق. صحبه ابن معين. وقال ابن عدي: عامة ما يرويه غير محمود. وقال النسائي: ثقة وعنه ليس بالقوي. روى له مسلم مقروئاً والأربعة. مات سنة ١٤٤.

(٣) أي أبو يوسف. وهذه مقولة الإمام محمد راوي الكتاب، والحسن هو ابن عمارة والحكم هو ابن عتبة.

قلت: روى البيهقي من طريق علي بن عاصم عن خالد الحذاء عن علي بن الأقرع عن أبي الأحوص عن عبد الله يعني ابن مسعود قال: من لم يدرك الإمام راكعاً لم يدرك تلك الركعة. وروى عن الوليد بن مسلم عن مالك وابن جريح عن نافع أنه كان يقول: من أدرك الإمام راكعاً فركع قبل أن يرفع الإمام رأسه فقد أدرك تلك الركعة.

وروي عن أبي هريرة مرفوعاً «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدركها قبل أن يقيم الإمام ص» وروي عن شعبة عن عبد العزيز ابن رفيع عن رجل مرفوعاً: «إذا جئتم والإمام راكع فاركعوا، وإن كان ساجداً فاسجدوا ولا تعتدوا بالسجود إذا لم يكن معه الركوع» وفي رواية «من لم يدرك الركعة لم يدرك الصلاة» وفي رواية عن أبي هريرة رفعه: «إذا جئتم ونحن ساجدون فاسجدوا ولا تعتدوا شيئاً، من أدرك الركعة فقد أدرك الصلاة».

(٤) قال الإمام السرخسي في مسوطه محتجاً لابن أبي ليلى: لأن حالة الركوع بمنزلة حالة القيام، فإن القائم إما يفارق القاعد في استواء الصف الأسفل منه دون الصف الأعلى. والراكع في هذا والمتصف سواء، ولهذا لو ركع معه كان مدركاً للركعة مكان إدراكه إياه في حالة الركوع وإدراكه في حالة القيام سواء، ولو أدركه قائماً ثم سبقه الإمام بالركوع والسجود فإنه يتابعه يركع ويسجد ويكون مدركاً للركعة وكذلك هذا. ولكل نقول: شرط إدراك الركعة أن يشترك الإمام في حقيقة القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركاً للركعة، فإذا رفع الإمام

وكان أبو حنيفة رحمه الله يهوى عن القنوت في الفجر، وبه نأخذ^(١).
ويحدث به عن رسول الله ﷺ أنه لم يقست إلا شهراً واحداً حارب حياً من
المشركين فقتل يدعو عليهم^(٢) وأن أبا بكر رضي الله عنه لم يقست حتى لحق بالله عز وجل، وأن

رأسه قبل أن يركع هو فقد ائتمت المشاركة بينهما في القيام أو فيما هو مثله بالقيام وهو
الركوع، فإذا أدركه قائماً فقد شاركه في حقيقة القيام وكان مدركاً للركعة. وأما إذا أدركه ركعاً
فهو لم يشاركه في حقيقة القيام فلا بد أن يشركه فيما هو مثله بالقيام وهو الركوع حتى يكون
مدركاً للركعة، فإذا رفع الإمام رأسه قبل أن يركع فقد نعدمت المشاركة بينهما في القيام وفيما
هو مثله للقيام فلا يعتمد بتلك الركعة، كما هو أدرك في السجود، إلى أن قال. وأما إذا ركع فل
أن يرفع الإمام رأسه فهو مشارك للإمام في القيام والركوع جميعاً، أما في الركوع فلا يشك، وفي
القيام لأن حاله الركوع كحالة القيام، فهنا الحرف يقع الفرق بين الفصلين.
(١) قلت: وهو قول الإمام محمد، وقول جميع أصحابنا لا يجوزون القنوت في صلاة الصبح إلا في
الباردة.

(٢) قلت: رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عنه عن حماد عن إبراهيم مرسلاً، وكذلك عن إبراهيم عن
علقمة عن عبد الله رضي الله عنه موصولاً، والمرسل أخرجه الإمام محمد أيضاً في آثاره. والموصول أخرجه
أخرون أيضاً والأشعري وابن حنبل عن الأشعري عن طريق الإمام أبي يوسف عنه وأخرجه طلحة
وابن خسرو عنه عن أبيان بن أبي عبيد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله، وأخرجه الحارثي عن
طريق محمد بن بشر عنه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه لم يقست إلا
أربعين يوماً يدعو على عصى ودكوان، ثم لم يقست إلى أن مات.
قلت: حديث الدعاء على عصى ودكوان أخرجه البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن
أنس وغيره، وأما فعل أبي بكر فأخرجه أبو يوسف في آثاره عن حماد عن إبراهيم أن أبا بكر رضي الله عنه
لم يقست حتى لحق بالله تعالى.

وأخرجه الأشعري وابن خسرو عنه عن طريق أبي عبد الرحمن المقرئ عنه عن حماد عن إبراهيم عن
عقمة: ما قنت أبو بكر في الفجر حتى لحق بالله عز وجل، وأخرجه عنه عن حماد عن إبراهيم
بلفظ: ما قنت أبو بكر ولا عمر ولا علي حتى حارب أهل الشام فكان يقنت.
وأما حديث ابن مسعود فأخرجه الإمام محمد في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن ابن مسعود لم
يقنت هو ولا أحد من أصحابه حتى فارق الدنيا، يعني في صلاة الفجر.

وأما حديث عمر رضي الله عنه فأخرجه أبو يوسف ومحمد في آثارهما عنه عن حماد عن إبراهيم عن
الأسود قال: صحبت عمر رضي الله عنه سنتين لم أراه قائماً في سمر ولا حضر وأخرجه الحسن بن زياد في
مسنده عنه وابن خسرو عن طريق الحسن عنه، وأخرجه أبو يوسف أيضاً في آثاره عنه عن عبد
الملك بن ميسرة عن زيد بن وهب أن عمر كان يقست إذا حارب ويدع القنوت إذا لم يحارب.
وأخرجه طلحة بن محمد أيضاً عن طريق أبي يوسف عنه وابن خسرو عن طريق أبي مطيع البلخي
عن شريك بن عبد الله عنه. وأخرجه الطحاوي عن طريق أبي شهاب الخياط عنه.
وأخرجه عن طريق مسعر عن عبد الملك بن ميسرة عن زيد بن وهب عنه أنه ربما قنت وربما لم
يقنت. وأما حديث ابن عباس فم أجد من أخرجه عن الإمام.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٦٣

ابن مسعود رضي الله عنه لم يفت في سفر ولا في حصر، وأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يفت، وأن ابن عباس رضي الله عنهما لم يفت، وأن عبدالله ابن عمر رضي الله عنهما لم يفت، وأن يا أهل العراق أئمت أن إمامكم يقوم لا قارئ قرآن ولا راكع، يعني بذلك المصنف، وأن علي رضي الله عنه قنت في حرب يدعو على معاوية فأخذ أهل الكوفة عنه ذلك، وقنت معاوية رضي الله عنه بالشام يدعو على علي رضي الله عنه فأخذ أهل الشام عنه ذلك.

وكان ابن أبي ليلى يرى القنوت في الركعة الأخيرة بعد القراءة وقبل الركوع في الفجر، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قنت مهاتين السورتين: اللهم إنا

وأخرجه الإمام محمد في الحجة عن أبي يوسف عن حصين عن عمرو بن الحارث السلمي قال: صليت مع ابن عباس الصبح مراراً فلم يفت. وأخرجه عن أبي إسرائيل إسماعيل بن إسحاق عن طلحة بن مصرف عن مجاهد عن ابن عمر وابن عباس أنهما كانا لا يقنتان.

وأخرجه الطحاوي في معاني الآثار من طريق الثوري عن وائد عن سعيد بن جبيرة قال: صليت خلف ابن عمر وابن عباس فكانا لا يقنتان في صلاة الصبح. وأخرجه من طريق رائدة عن منصور عن مجاهد أو سعيد أن ابن عباس كان لا يفت في صلاة الفجر.

ورواه من طريق هشيم عن حصين عن عمران بن الحارث السلمي قال: صليت خلف ابن عباس في داره الصبح فلم يفت قبل الركوع ولا بعده.

ورواه عن شعبة عن حصين عن عمران: صليت خلف ابن عباس الصبح فلم يفت. وأما حديث ابن عمر فأخرجه أبو يوسف ومحمد في آثارهما عنه عن الصلت بن بهرام عن حوط عن أبي الشعثاء عنه.

وأخرجه الأشناني أيضاً من طريق أبي يوسف عنه وطلحة بن محمد في مسنده من طريق عبد الله بن الربيع عنه بالسند المذكور.

وأما حديث علي رضي الله عنه فمر تخريجه في ضمن حديث أبي بكر رضي الله عنه. وأخرجه أبو يوسف أيضاً في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن علياً رضي الله عنه قنت يدعو على معاوية رضي الله عنه حين حاربه فأخذ أهل الكوفة عنه، وقنت معاوية يدعو على علي فأخذ أهل الشام عنه. وكذلك أخرجه محمد في آثاره عنه.

انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية للحافظ (١/١٩٤)، وتلخيص الخبير (١/٢٤٥). ونصب الراية للزيلعي (٢/١٢٧، ١٢٨)، وشرح معاني الآثار للطحاوي (١/٢٤٣، ٢٤٥)، والسي الكبري للبيهقي (٢/٢١٣). واختلاف الحديث للإمام الشافعي (ص ٢٣٧)، وحلية لعلاء نفعمال (١١/٢) وروضة الطالبين للنووي (١/٢٢٣)، والمجموع له (٤٥٨/٣) وشرح مسلم له أيضاً (٥/١٧٦).

نستعينك ونستغفرك، ونثني عليك الخير، ونشكرك ولا نكفر بك، ونخلع وبترك من يصحرك. اللهم إياك بعد، ولك نصلي وسجد، وإليك نسعى ونحفد، ورجو رحمتك ونخشى عذابك، إن عذابك بالكفار ملحق. وكان يحدث عن ابن عباس عن عمر رضي الله عنهم هذا الحديث^(١). ويحدث عن علي رضي الله عنه أنه قتل^(٢).

باب صلاة الخوف

قال أبو يوسف رضي الله عنه: وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول في صلاة الخوف^(٣): يقوم الإمام

(١) قلت: رواه الطحاوي في معاني الآثار عن سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن عبيد بن عمير قال: صليت خلف عمر رضي الله عنه صلاة العدة فقت فيها بعد الركوع وقبل في قوته: اللهم إنا نستعينك. إلى آخر الحديث بلفظ الكتاب.

ورواه عن سعيد عن هشيم عن حصين عن ذر بن عبد الله الهمداني عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبي عن أبيه أنه صلى خلف عمر ففعل مثل ذلك إلا أنه قال: «ونثني عليك ولا نكفر بك، ونخشى عذابك إن عذابك الجد».

ورواه عن وهب بن جرير عن شعبة عن عدة بن أبي لينة عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبي عن أبيه أن عمر قتل في صلاة العدة قبل الركوع بالسورتين.

وروي عن وهب عن شعبة عن الحكم عن مفسم عن ابن عباس عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقتل في صلاة الصبح بسورتين: اللهم إنا نستعينك، اللهم إياك بعد.

وروي عن همام عن قتادة عن أبي رافع قال: صليت خلف عمر بن الخطاب صلاة الصبح فقرأ بالأحزاب فسمعت قوله وأنا في آخر الصفوف.

وروي عن سفيان وإسرائيل عن عمار عن طارق بن شهاب قال: صليت خلف عمر صلاة الصبح فلما فرغ من القراءة في الركعة الثانية كبر ثم قتل ثم كبر فركع.

(٢) وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار [٢٤٥/١] من طريق هشيم عن عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن عن علي أنه كان يقتل في صلاة الصبح قبل الركوع. ورواه من طريق ابن معقل عنه.

(٣) قال الإمام السرخسي في مسوطه ج ٢ ص ٤٥: أعلم أن العلماء اختلفوا في صلاة الخوف في فصول: أحدها: أنه مشروع بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف أولا كذلك ثم رجع فقال: كانت في حياته خاصة ولم تنق مشروعة بعده. هكنا ذكره في بواذر أبي سليمان لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ﴾ فقد شرط كونه فيهم لإقامة صلاة الخوف، ولأن الناس كانوا يرغبون في الصلاة خلفه لا يراعون في الصلاة خلف غيره، مشرع بصفة الذهاب والجمي لئلا كل فرقة فضيلة الصلاة خلفه، وقد ارتفع هذا المعنى بعده. وكل طائفة يتمكنون من أداء الصلاة بإمام على حدة فلا يجوز لهم أدائها بصفة الذهاب والجمي. قال الإمام الطحاوي: وهذا القول عندما ليس بشيء، لأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قد صلوا بعده، فد صلاها حذيفة بطبرستان، وما في ذلك فأشهر من أن يحتاج إلى أن يذكره ههنا، فإن احتج في

وتقوم معه طائفة فيكبرون مع الإمام ركعة وسجدين ويسجدون معه فيصليون من غير أن يتكلموا حتى يعموا بإزاء العدو ثم تأتي الطائفة التي كانت بإزاء العدو فيستقبلونها فكبر ثم يصلي بهم الإمام ركعة أخرى وسجدين ويسلم الإمام فيصلون هم من غير تسليم ولا يتكلموا فيعموا بإزاء العدو وتأتي الأخرى فيصلون ركعة وحدها ثم يسلمون. وذلك لقول الله عز وجل: ﴿وَلَقَدْ تَدَبَّرْتُمُوهَا فَاخْرَجْتُمُ آبَاءَهُمْ فَأَقْبَحُ الْمَوَاقِفَ﴾. وكذلك ملعا عن عبد الله بن عباس وإبراهيم النخعي^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: يقوم الإمام والطائفتان جميعاً إذا كان العدو بينهما وبين القبلة فكبر ويكبرون ويركع ويركعون جميعاً ويسجد الإمام والصف والأول ويقوم الصف الآخر في وجوه العدو، فإذا رفع الإمام رفع الصف الأول رفعهم وقاموا وسجد الصف المؤخر، فإذا فرغوا من سجودهم قاموا ثم تقدم الصف المؤخر، ويتأخر الصف الأول فيصلي بهم الإمام الركعة الأخرى كذلك^(٢) ويحدث بذلك ابن أبي ليلى عن

ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقْبَحْتُمُوهَا فَاتَّقُوا اللَّهَ﴾. الآية فقال: لما أمر بذلك إذا كان فيهم فإذا لم يكن فيهم انقطع ما أمر به من ذلك، قيل له: فقد قال عز وجل: ﴿وَلَقَدْ تَدَبَّرْتُمُوهَا فَاخْرَجْتُمُ آبَاءَهُمْ فَأَقْبَحُ الْمَوَاقِفَ﴾. الآية فكان الخطاب هنا له، وقد أجمع أن ذلك معمول به من بعده كما كان يعمل به في حياته. ولقد حدثني أحمد بن أبي عمر أنه سمع أبا عبد الله محمد بن شجاع الثلجي يعيب قول أبي يوسف هذا ويقول: إن الصلاة مع النبي ﷺ كانت أفضل من لصلاة مع الناس جميعاً فإنه لا يحوز لأحد أن يكلم فيها بكلام يقطعها ولا ينبغي أن يعمل فيها شيئاً لا يعمل في الصلاة مع غيره وأنه يقطعها ما يقطع الصلاة خلف غيره من الأحداث كلها، فلما كانت الصلاة خلفه لا يقطعها الذهاب والرجوع واستدبار القبلة إذا كانت صلاة خواف، كانت خلف غيره كذلك أيضاً - شرح معاني الآثار ج ١ ص ١٨٩.

(١) أخرجهما أبو يوسف ومحمد في آثارهما. أما حديث ابن عباس عن الإمام عن الخبر عن عبد الرحمن عنه، وأخرجه محمد في كتاب الحج أيضاً. وأما أثر إبراهيم فأخرجه عنه عن حماد عن إبراهيم. قلت: روى أبو داود والطحاوي والبيهقي عن سمعان عن خصيف عن أبي عبيدة عن ابن مسعود مرفوعاً نحو ما روى الإمام عن إبراهيم. وروى عن ابن عمر مرفوعاً نحوه أخرجه مالك والسنن والطحاوي والبيهقي. وروى أبو داود عن عبد الرحمن بن سبرة أنه صلى في عروة كانل نحوه. وروى عن زيد بن ثابت على ما رواه أبو داود والطحاوي والبيهقي قريباً منه يمكن أن يحمل على ما رواه ابن مسعود، وكذلك صلى بهم سعيد بن العاص بطبرستان حين غلبه حذيفة. ورواه الطحاوي وغيره.

(٢) قال في المسوط ج ٢ ص ٤٦: وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في ناحية القبلة حمل الناس صفين وافتتح الصلاة بهم جميعاً، فإذا ركع الإمام ركعوا معه، وإذا سجد الإمام سجدوا معه الصف

عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في دبر القلعة قام الإمام وصف معه مستقبل القلعة والصف الآخر مستقبل العدو ويكبر ويكبرون جميعاً ويركع ويركعون جميعاً ثم يسجد الصف الذي مع الإمام سجدتين ثم يفتلون فيستقلون العدو ويحيي الآخرون فيسجدون ويسجدون ويصلي بهم الإمام الركعة الثانية فيركعون جميعاً ويسجد معه الصف الذي معه ثم يفتلون فيستقلون العدو ويحيي الآخرون فيسجدون ويرغون ثم يسلم الإمام وهم جميعاً.

قال: وإذا جهر الإمام في صلاة لا يجهر فيها بالقراءة عمداً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: قد أساء وصلاته تامة. وكان ابن أبي ليلى يقول: يعيد بهم الصلاة.

قال: وإذا صلى الرجل أربع ركعات بالليل ولم يسلم فيها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا بأس بذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: أكره ذلك له حتى يسلم في كل ركعتين. وبه نأخذ^(٢).

الأول، والصف الثاني قيام يحرسونه، وإذا رفعوا رعوهم سجد الصف الثاني والصف الأول قعود يحرسونه فإذا رفعوا رعوهم سجد الإمام السجدة الثانية وسجد معه الصف الأول والصف الثاني قعود يحرسوهم، فإذا رفعوا رعوهم سجد الصف الثاني والصف الأول قيام يحرسوهم، فإذا رفعوا رعوهم تأخر الصف الأول وتقدم الصف الثاني فصلى بهم الركعة الثانية هذه الصفة أيضاً، فإذا قعد وسلم سلموا معه. واستدل بحديث أبي عيشة الرزقي رحمه الله أن النبي ﷺ صلى صلاة الخوف بعسكان هذه الصفة، وأبو يوسف يجوز صلاة الخوف بهذه الصفة لأنه ليس فيها هجاب ويحيي. وعندنا إذا كان العدو في ناحية القلعة، فإن صلوا بهذه الصفة أجرهم وإن صلوا بصفة الذهاب والحيي كما بيأنا أجرهم، لأن ظاهر الآية شاهد لذلك قال الله تعالى: ﴿وَلَتَأْتِيَنَّ طَائِفَةٌ أُخْرَىٰ لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ﴾.

- (١) وأخرجه البيهقي من طريق عبدة ويحيى بن سعيد القطان عن عبد الملك عن عطاء عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوي والبيهقي من طريق أبي الربيع عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوي والبيهقي عن مجاهد عن أبي عيشة الرزقي رحمه الله مثل حديث جابر.
- (٢) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضاً، قال في المسبوط ج ١ ص ١٥٨: والأربع أحب إلي. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، فأما عندهما فالأفضل ركعتان لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ: «صلاة الليل مثنى مثنى فهي كل ركعتين مسلم» واستدلوا بالتراويح، فإن الصحابة اتفقوا على أن كل ركعتين منها بتسليم، فدل أن ذلك أفضل. ولما ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن قيام رسول الله ﷺ في ليالي رمضان فقالت: كان قيامه في رمضان وعمره سواء، كان يصلي بعد العشاء أربع ركعات لا تسأل عن حسنهن وطولهن، ثم أيضاً لا تسأل عن حسنهن وطولهن، ثم كان يوتر بثلاث. ولأن في الأربع بتسليم معنى الوصل والتتابع في العادة فهو أفضل. والتطوع نظير الفرائض والفرض في صلاة الليل العشاء وهي أربع بتسليم وكذلك المثل. وأم

قال: وكان أبو حنيفة رحمه الله يكره على الجنازة أربعا. وكان ابن أبي ليلى يكره حسا على الجنازة ^(١)

قال: وكان أبو حنيفة رحمه الله يكره أن يجهر بـ "بسم الله الرحمن الرحيم". وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا جهرت محس، وإذا أخصيت محس ^(٢).

قال: وذكر عن ابن أبي ليلى عن رجل توصى ومسح على عفيه من حدث ثم برع الحفين قال: يصلي كما هو، وحدث بذلك عن الحكم عن إبراهيم. وذكر أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال: لا يصلي حتى يغسل رجليه ^(٣) وبه نأخذ.

قوله: ففي كل ركعة فسلم، معناه فتشهد، والتشهد يسمى سلاما لما فيه من السلام، وصلاة التراويح إنما جعلوها ركعتين تسليمة واحدة ليكون أروح على البدن، وما يشرك فيه العامة يسى على اليسر، فأما الأمصل فهو أشق على البدن إلخ.

(١) وفي المسبوط (ج ٢ ص ٦٣): والصلاة على أختار أربع تكبيرات. وكان ابن أبي ليلى يقول: خمس تكبيرات، وهو رواية عن أبي يوسف. والآثار قد اختلفت في فعل رسول الله ﷺ. فروي خمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك إلا أن آخر عمله كن أربع تكبيرات، فكان هذا ناسخا لما فيه. وبن عمر رحمه الله جمع الصحابة حين اختلفوا في عدد التكبيرات وقال لهم: بكم اختلفتم فمن يأتي بحدكم أشد اختلافا فابطروا آخر صلاة صلاها رسول الله ﷺ على حجارة فخلوا بذلك، فوجدوه صلى على امرأة كبر عيها أربعا فاتفقوا على ذلك، ولأن كل تكبيرة فائضة مقام ركعة في سائر الصلوات وليس في المكتوبات زيادة على أربع ركعات إلا أن ابن أبي ليلى يقول: التكبيرة الأولى للاستباح فينبغي أن يكون بعدها أربع تكبيرات كل تكبيرة فائضة مقام ركعة. وأهل الأربع يرفعون أن عليا رحمه الله كان يكره على أهل بيته خمس تكبيرات وعلى سائر الناس أربعا. وهذا مختار منهم عليه، فقد روي أنه كبر على فاطمة رضي الله عنها أربعا. وروي أنه إنما صلى على فاطمة أبو بكر رحمه الله وكبر عليها أربعا، وعمر صلى على أبي بكر وكبر أربعا.

(٢) قال الإمام السرخسي في ص ١٧ من المجلد الأول من مسبوته: وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: يتخير الإمام في التسمية بين الجهر والمخافتة وهذا مذهبه في كل ما اختلف فيه الأثر كرفع اليد عند الركوع، وتكبيرات العيد، ونحوها، ويستدل بما روي عن النبي ﷺ قال: «من استجمر مليوتر من فعل هذا فقد أحسن، ومن لا فلا حرج» وهذا ضعيف، فإن آخر المعين يكون ناسخا لأولهما والقول بالتخير بين السبع والستين عملا لا بخور.

(٣) وأخرجه هو في آثاره أيضا ومحمد أيضا في آثاره. قال السرخسي في (ج ١ ص ١٠٢) من مسبوته: وعن إبراهيم المحمي في ثلاثة أقوال: روى حماد عنه كما هو مذهبنا، وروي ابن أبي ليلى عن الحكم عنه أنه لا شيء عليه، وروي الحسن بن عمار عن الحكم عنه أن عليه ستون الوضوء. وجه هذه الرواية أن انتقاص الوضوء لا يحتمل التجريء كتنقصه بالحدث ووجه الرواية الأخرى أن الطهارة الكاملة لا تنقضي إلا بحدث في شيء من الأعضاء، وربع الخف ليس بحدث، ووجه قولنا أن استتار القدم بالخف كما يقع سرية الحدث إلى تقدم وذلك الاستتار

قال: وذكر عن الحكم^(١) أيضاً عن إبراهيم أنه قال: لا بأس بعد الأي في الصلاة.
قال: وإذا توضأ الرجل بعض وضوئه ثم لم يتمه حتى جف ما قد غسل، فإن أبي حنيفة عليه السلام كان يقول: يتم ما قد بقي ولا يعيد على ما مضى. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان في طلب الماء أو في الوضوء فإنه يتم ما بقي، وإن كان قد أحد في عمل غير ذلك أعدده على ما جف^(٢).

حدثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن سعيد بن جبير^(٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لا يمسح وجهه من التراب في الصلاة حتى يتشهد ويسلم^(٤) وبه يأخذ. حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه كان يمسح التراب عن وجهه في الصلاة قبل أن يسلم^(٥). وكان أبو

بالخلع يرول فيسري ذلك إلى القدم فكأنه توضأ ولم يغسل رجليه عليه غسلهما. والرجلان في حكم الطهارة كشيء واحد، فإذا وجب غسل إحداهما وجب غسل الأخرى ضرورة أنه لا يجمع بين المسح والغسل في عضو واحد.

(١) وذكر: أي ابن أبي ليلى مثل ما ذكره عن الحكم. كذلك روى هنا. قلت: وأخرج أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أنه كره عد الأي في الصلاة.

(٢) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ص ٥٦: وقد ابن أبي ليلى: إن كان في طلب الماء أجره، لأن ذلك من عمل الوضوء، فإن كان أحد في عمل آخر غير ذلك وجب عليه إعادة ما جف، وجعله قياس أعمال الصلاة إذا اشتغل في خلالها بعمل آخر. ولما ما بينا أن المقصود تطهير الأعضاء وذلك حاصل بدون الموالاة والمنصوص عليه في الكتاب غسل الأعضاء، فلو شرطاً الموالاة كان زيادة على النص. وقد بنا أن مواظبة رسول الله ﷺ قد تكون لأن السنة، وأعمال الصلاة تؤدي بناء على التحريم، والاشتغال بعمل آخر مطلق للتحريم فكان ممسكاً بخلاف الوضوء فإن أركان الوضوء لا تنسي على التحريم حتى لم يكن الكلام في الوضوء مفصلاً له. والله أعلم.

(٣) هو سعيد بن جسر، الوالي مولاهم، الكوفي، الفقيه أحد الأعلام. روى عن ابن عباس وابن عمر وعبد الله بن معقل وعدي بن حاتم وخلق، وعنه الحكم وسلمة بن كهيل وسليم الأحول وسليمان الأعمش وأيوب وعمرو بن دينار وخلائق. وقال اللالكائي: إمام حجة. وقال عبد الملك بن أبي سليمان: كان يختم في كل ليلى. قال ميمون بن مهران: مات سعيد وما على وجه الأرض إلا وهو محتاج إلى عمنه. قتل سنة خمس وتسعين كهلاً. قتله الخجاج فما أمهل بعده قال خلف بن خليفة عن أبيه: شهدت مقتل ابن جبير فلما بان الرأس قال: لا إله إلا الله، فما قاما الثالث لم يتسها عليه. قلت: هو من رواية الستة.

(٤) قلت: قال البيهقي [٢٨٦/٢]: وروي عن ابن عباس أنه قال: «لا يمسح وجهه من التراب في الصلاة حتى يتشهد ويسلم» ولم يذكر سنده.

(٥) قلت: وأخرجه عنه في آثاره أيضاً. وأخرجه محمد أيضاً في آثاره. قال محمد: لا يرى بأن يمسح ذلك قبل التشهد والتسليم، لأن تركه يؤذي المصلي وربما شعله عن صلاته، وهو قول أبي حنيفة.

باب الزكاة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كان على رجل دين ألف درهم وله على الناس دين ألف درهم وفي يده ألف درهم، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس عليه زكاة فيما في يديه حتى يخرج دينه فيزكيه^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه فيما في يديه الزكاة.
قال: وكان ابن أبي ليلى يقول: زكاة الدين على الذي هو عليه، فقال أبو حنيفة رحمه الله: بل هي على صاحبه الذي هو له إذا خرج، كذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رحمه الله^(٢).

(١) قال في المسوط ص ٢٧: ولو مسح جيبته من التراب قبل أن يفرغ من صلاته لا بأس به، لأنه عمل مفيد فإن التصاق التراب بجيبته نوع مثله ربما كان الحشيش الملتصق بجيبته يؤذيه فلا بأس به. ولو مسح بعد ما رفع رأسه من المسجدة الأخيرة لا خلاف في أنه لا بأس به. وأما قبل ذلك فلا بأس به في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف قال: أحب إلي أن يدعه، لأنه يترتب ثانياً وثالثاً فلا يكون معيلاً. ولو مسح لكل مرة كان عملاً كثيراً، ومن مشائخنا من كره ذلك قبل الفراغ من الصلاة وجعلوا القول قول محمد رحمه الله في الكتاب: لا، مفصولاً عن قوله: أكرهه فإنه قال في الكتاب: قلت: لو مسح جيبته قبل أن يفرغ من صلاته قال لا أكرهه يعني لا تفعل ما يكرهه، حديث ابن مسعود رحمه الله: «أربع من اجفأ: أن تقول قانئاً، وأن تسمع النساء فلم تجبه، وأن تنضح في صلاتك، وأن مسح جيبتك في صلاتك». وثأويله عند من لا يكرهه من أصحابنا المسح باليدين كما يفعله الداعي إذا فرغ من الدعاء في غير الصلاة اهـ. قلت: تأويل قول محمد غير مرضي كما علم من تصريحه في الآثار.

(٢) قال الإمام ألسرخسي في مسوده ج ٢ ص ١٩٥: ثم الدين على ثلاث مراتب عند أبي حنيفة رحمه الله دين قوي وهو ما يكون بدلاً عن مال كان أصله للتجارة لو بقي في ملكه، ودين وسط وهو أن يكون بدلاً عن مال لا زكاة فيه لو بقي في ملكه ككتاب لبذلة والمهبة، ودين ضعيف وهو ما يكون بدلاً عما ليس بمال: كالصهر، وبدل الخلع، والصلح عن دم العمد، ففي الدين القوي لا يلزمه الأداء ما لم يقبض أربعين درهماً فإذا قبض هذا المقدار أدى درهماً وكذلك كما قبض أربعين درهماً، وفي الدين المتوسط لا يلزمه الأداء ما لم يقبض مائة درهم فيحسد يؤدي حسنة درهم، وفي الدين الضعيف لا يلزمه الزكاة ما لم يقبض ويحول الحول عليه، وروى ابن ساعدة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أن الدين نوعان وجعل الوسط كالتضعف وهو اختيار الكرخي على ما ذكره في المختصر. وقال أبو يوسف وعبد رحيم الله: الدينون كلها سواء لا تجب الزكاة فيها قبل القبض وكلما قبض شيئاً يلزمه الأداء بقدره، قل أو كثر، ما حله دين الكتابة فإنه لا يجب عليه فيه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض، وذكر الكرخي المستثنى عنهما دينان: الكتابة والدية على العاقبة إلخ. قلت: ومعنى قول الإمام ليس عليه زكاة فيما يديه أنه مصروف إلى ما عليه من الدين، ولا يصرف الدين إلى الدين، والله أعلم بالصواب.
(٣) أخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار، وكتاب الحجعة [٤٧١/١] عن الإمام عن أبيه عن ابن سيرين عن علي بن أبي طالب رحمه الله قال: «إذا كان لث دين على الناس فقصته مركبة لما مضى».

ويهدأ بأخذ.

قال: وإذا كانت أرض من أرض الخراج. فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: ليس بها عشر، لا يجتمع عشر وخراج. وبه يأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه فيها العشر مع الخراج.

قال: وإذا كانت الأرض من أرض العشر، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: في كل قليل وكثير أخرجت من الخنطة والشعير والزبيب والتمر والذرة وغير ذلك من أصناف العلة، العشر ونصف العشر. والقليل والكثير في ذلك سواء وإن كانت حرمة من نقل.

قال محمد: وبه يأخذ وهو قول أبي حنيفة، ثم ذكر عن إبراهيم زكاتها على الذي يستعملها وينفع بها. قال محمد: ولسنا يأخذ بهذا، ولكننا يأخذ بقول علي: زكاتها على صاحبها إذا قبضها ركام لما مضى.

قلت: وحديث علي أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال والبيهقي من طريقه عن يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن عبيدة عن علي عليه السلام في الدين الطون. قل: إن كان صادقاً فلزكه إذا قبضه. قل البيهقي: قال أبو عبيد: قوله «الطنون» هو الذي لا يدري صاحبه أيقضه الذي عليه الدين أم لا؟ كانه الذي لا يرجوه. وأخرجه ابن أبي شبة أيضاً [٢/٣٩٠]. قلت: وأخرج البيهقي من طريق سفيان عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: «ركوا ما كان في أيديكم وما كان من دين في ثقة فهو بمنزلة ما في أيديكم، وما كان من دين طون فلا زكاة فيه حتى يقضه»، وأخرج أبو عبيدة من طريق يحيى ابن أيوب عن عبد الله بن سليمان أو ابن أبي سليمان عن سعيد بن أبي هلال عن أبي الضمر عن ابن عباس قال في الدين: إذا لم ترح أخذه فلا تركه حتى تأخذ فإذا أخذته فركه عنه ما عليه - من ص ٤٣٢

(١) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج ٢ ص ٢٠٨: وجه قولنا ما روي عن ابن مسعود عليه السلام موقوفاً ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ قال: «لا يجتمع العشر والخراج في أرض رجل مسلم» ولأن أخذاً من أئمة العدل والنجور لم يأخذ العشر من أرض السواد مع كثرة احتياطهم لأخذ أموال الناس، وكفى بالإجماع حجة، ثم لخراج والعشر كل واحد منهما مؤنة الأرض النامية ولا يجتمع المؤتان بسبب أرض واحدة وسببهما لا يجتمع، فإن سبب وجوب الخراج فنع الأرض عبوة وثبوت حق العلمين فيها، وسبب وجوب العشر إسلام أهل البلدة طوعاً وعدم ثبوت حق العلمين فيها وبسبب توافر فإذا لم يجمع السببان لا يشت الحكمان جميعاً. قلت: أما حديث ابن مسعود فأخرجه إمامي وطلحة بن محمد والأشعري وابن خسر من طريقه والقاضي أبو بكر كلهم من طريق يحيى عن عتبة عن الإمام أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عتبة عن عبد الله بن مسعود عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجتمع على مسلم عشر وخراج في أرض» *

* انظر: شرح فتح العدير لابن الإمام (٢/٢٥٨).

وكذلك حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم^(١)، وكان ابن أبي ليلى يقول: «من في شيء من ذلك عشر إلا في الحنطة والشعير والتمر والرسب، ولا يكون فيه العشر حتى يبلغ خمسة أوسق فصاعداً. والوسق صدان: ستون صاعاً. والصاع يحتمل بالحاجي^(٢) وهو ربع بالهاشمي الكبير، وهو شذبة أرتال. والمد رطلان، وبه يأخذ^(٣). وقال أبو يوسف، ليس في البقول والخضراوات عشر ولا أرى في شيء من ذلك عشراً إلا الحنطة والشعير والحبوب. وليس فيه شيء حتى يبلغ خمسة أوسق^(٤)».

(١) وأخرجه عنه في الخراج والآثار أيضاً.

وأخرجه الإمام محمد في آثاره هكذا من قول إبراهيم وأخرجه ابن خضرو في مسنده من طريق أبي مطيع عنه عن أبيان بن أبي عياش عن أس مرفوعاً: «في كل شيء أخرجت الأرض العشر أو نصف العشر» قال أبو حنيفة: ولم يذكر صاعكم.

قلت وأخرجه البربر عن قتادة عن أنس، وروى البخاري [٥٤٠/٢] عن ابن عمر رفعه: «فيما سمعت السماء والعبون أو كان عشراً العشر، وفيما سقي بالصبح نصف العشر» وروى ابن ماجه [٥٨٦/١] عن معاذ رضي الله عنه: «بعتني النبي ﷺ إلى اليمن فأمرني أن آخذ مما سقت السماء وما سقي بقلاة، العشر، وما سقي بالبرالي نصف العشر».

(٢) في المعرب: والحجاج في الأعلام يحتمل أن يكون من الحجج، الغلبة بالحجة، أو من القصد. وبه سمي ابن يوسف وإليه ينسب الصاع، لأنه اتخذ على صاع عمر رضي الله عنه، فيقال: الصاع الحجاجي والقصير الحجاجي، وهو ربع الهاشمي، وهو شذبة أرتال. وفيه والسخنوم الصاع بعينه عن أبي عبيد، ويشهد له حديث الخديري: «الوسق ستون مخنوماً».

قلت: روى يحيى بن آدم القرشي عن إسرائيل عن أبي إسحاق قال: قدم عيسى الحجاج من المدينة فقال: «إني قد اتحدت لكم مخنوماً على صاع عمر بن الخطاب. قال أبو عبيد في الأموال: وإنما سمي مخنوماً لأن الأمراء جعلت على أعلاه خاضاً مطبوخاً لئلا يراد به ولا ينقص منه».

(٣) وفي المبسوط (ج ٣ ص ٢): ثم عند أبي حنيفة العشر يجب في القليل من الخارج وكثيره ولا يعتبر فيه المصاب لعموم الحديثين، يعني بهما قوله عليه السلام: «ما سقت السماء فيه العشر، وما أخرجت الأرض فيه العشر» وما روي عن ابن عباس أنه حين كان والياً بالبصرة أحد لعشر من البقول من كل عشر دستجات دستجة، كما روينا، ولأن المصاب في أموال لركاة كان معشراً لحصول صفة المعنى للمالك بها وذلك غير معتبر لإيجاب العشر فإن أصل المال ما لا يصير منه وخس الركاز سواء، والأصل عندهما أنه لا يجب العشر، فيما دون خمسة أوسق مما يدخل تحت الوسق، والوسق ستون صاعاً، فخمسة أوسق ألف ومائتا من. واحتجاً فيه بقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» وأبو حنيفة يقول: تأويل الحديث ركاة التجارة، فإنهم كانوا يتاجرون بالأوساق كما ورد به الحديث فبينة خمسة أوسق ماثما درهم. والتفصيل في المبسوط.

(٤) وفي المبسوط ج ٣ ص ٢. والأصل عند أبي يوسف ومحمد أن ما يست له شرة باقية مفصودة ولا شيء فيه كالقول والخضر والرياحين، إنما العشر فيما له شرة باقية مفصودة. واحتجاً فيه بحديث موسى بن طلحة عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «ليس في الخضراوات صدقة» وتأويله عند أبي حنيفة

قال: وإذا كان لرجل إحدى وأربعون بقرة، فإن أبا حنيفة شبهه كان يقول، إذا حال عليه الحول ففيها مائة وربع عشر مائة^(١) وما زاد فبحساب ذلك إلى أن تباع ستين بقرة. وأما ابن أبي ليلى يقول: لا شيء في الزيادة على الأربعين حتى تبلغ ستين بقرة، وبه يأخذ. ويلعبا عن رسول الله ﷺ أنه قال: ولا شيء في الأوقاص^(٢) والأوقاص عندنا ما بين المريضتين. وبه يأخذ^(٣).

صدقة تؤخذ: أي لا يأخذ العاشر من الخضراوات إذا مر بها عليه ثم قال: ما كان نفعه عادة سرور وجوده على العبي والفقر فلا يجب فيه حق الله تعالى كما لا تجب الزكاة في الصيد والخطب والحنين. وإنما يجب حق الله فيما يزر وجوده فيناه الأغنياء دون الفقراء كالتراحم ومال التجارة فكذلك ما له ثمرة باقية به وجوده، فأما الخضراوات فتأخذ عادة، وهذه أوجبا في الزعفران، ولم توجب في الورس والرسة لأنه لا يتمتع بهما انتفاعا عاما، وأبو يوسف أوجب في الحناء لأنه يتمتع به انتفاعا عاما، ولم يوجه فيه محمد لأنه من الرياحين. وفي الثوم والبصل روايتان عن محمد قال في إحدى الروايتين: هما من الخضراوات فلا شيء فيهما، وفي الرواية الأخرى قال: يقعان في الكيل ويفيان في أيدي الناس من حول إلى حول فيجب فيهما العشر. والبطيخ والقثاء، والخيار، لا شيء فيهما عندهم، لأنها من الرطاب وبررها غير مقصود فلا يكون معتبرا، وكذلك الثمار قال: لا شيء في الكمثرى والخوخ والمشمش والإجاص، وما يجفف منها لا يتبر. وأوجبا في الجوز واللوز والعشر، وفي الصنوبر على قول أبي يوسف في العشر، وعلى قول محمد لا يجب.

(١) راد في المسوط ج ٢ ص ١٨٧: أو ثلث عشر تبع. فلهذه سقط هنا من الأصل قلت: وروى الحسن عنه أنه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ففيها مائة أو ربع مائة أو ثلث تبع، وروى أسد بن عمرو عنه أنه ليس في الزيادة شيء حتى تكون ستين ففيها تبعان. وهو قول أبي يوسف ومحمد.

(٢) رواه البزار والدارقطني من طريق المسعودي عن الحكم عن طاووس عن ابن عباس قال: بعث رسول الله ﷺ معاذ إلى اليمن - الحديث - فما رجع سأل النبي ﷺ عنه يعني الوقص فقال: «ليس فيها شيء» قال المسعودي: الأوقاص ما بين الثلاثين إلى الأربعين، والأربعين إلى الستين قال البزار: تفرد به بقية عن المسعودي، وتابعه الحسن بن عمار عن الحكم، ورواه الخفاف عن الحكم عن طاووس مرسل - دراية.

(٣) وهو قول محمد أيضا. وجه قول الإمام أن نصب النصاب بالرأي لا يكون وإنما يكون طريق معرفته النص ولا نص فيما بين الأربعين إلى الستين فإذا تعدى اعتبار النصاب فيه أوجبا الزكاة في قلبه وكثيره بحساب ما سبق، وحديث معاذ شبه المراد به حل قلة العدد في الابتداء. فإن الوقص في الحقيقة اسم لما لم يبلغ نصابا وذلك في الابتداء يكون. وقبل المراد بالأوقاص انصهار وهو العجايل وبه يقول إنه لا شيء فيها - من المسوط.

* رواه الدارقطني (٩٩/٢)، والبيهقي (٩٩/٤)، وانظر حسب إريانة (٣٤٨/٢)، والدرية (٢٥٢/١)

قال: وإذا كان للرجل عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم لحال عليها الحمل، فإن ما حبيبة عليه السلام كان يقول في الزكاة: يصيف أقل الصغرى إلى أكثرهما ثم يركبه إن كانت الدينارين أقل من عشرة دراهم يدير تقوم الدراهم دينارين ثم يجمعها جميعاً فتكون أكثر من عشرين مثقالاً من الذهب فيركبها في كل عشرين مثقالاً نصف مثقال فما زاد فليس فيه شيء من الزكاة حتى يبلغ أربعة مثاقيل فيكون فيها عشر مثقال. وإذا كانت الدينارين أكثر من عشرة دراهم يدير تقوم الدينارين دراهم وأصاحبها إلى الدراهم فتكون أكثر من مائتي درهم. ففي كل مائتين خمسة دراهم ولا شيء فيما زاد على المائتين حتى يبلغ أربعين درهماً، فإذا بلغت مئة كل أربعين زادت بعد المائتين درهم. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا زكاة في شيء من ذلك حتى يبلغ الذهب عشرين مثقالاً وتبلغ الفضة مائتي درهم ولا يضيف بعضها إلى بعض ويقول: هذا مال مختلف بمنزلة رجل له ثلاثون شاة وعشرون بقرة وأربعة أبعرة فلا يضاف بعضها إلى بعض^(١). وقال ابن أبي ليلى: ما زاد على المائتي

قلت: قال في المعرب: الوقص دق العنق وكسرها. والوقص أيضاً ما بين المربصتين كانشق. وقيل الأرقاص في البقر والشاة في الإبل

(١) وفي المبسوط ج ٢ ص ١٩٢: وروى حديث بكير بن عبد الله بن الأشج عليه السلام قال: من أسنة أن يصم الذهب إلى الفضة لإيجاب الزكاة، ومطلق السنة يصرف إلى سنة رسول الله عليه السلام، ولأههما مالان يكمل نصاب أحدهما بما يكمل به نصاب الآخر فيكمل نصاب أحدهما بالآخر كأنسود مع البيض واليسابوري من الدينارين مع الطروي، وبما كان الوصف أن نصاب كل واحد منهما يكمل بمال التجاره، وهذا لأههما وإن كانا حينئذ مختصين بصوره ففي حكم الزكاة هما جنس واحد حتى يمتزج لواحدهما فيقدر ربع العشر على كل حال، ووجوب الزكاة فيهما باعتبار معنى واحد وهو المالية القائمة باعتبار أصلهما، فإذا وجبت الزكاة عند ضم أحدهما إلى الآخر احتسبت الرواية فيما يؤدي فروق الخمس بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يؤدي من مائة درهم درهمين ونصفاً ومن عشرة مثاقيل ذهب ربع مثقال وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، ووجهه أنه أقرب إلى المعادلة ولينظر من الجدليين، وعن أبي يوسف في رواية أخرى أنه يقوم أحدهما بالآخر ثم يؤدي الزكاة من نوع واحد، وهذا أقرب إلى موافقة نصوص الزكاة. ثم احتسبوا في كميّة الضم فقال أبو حنيفة: يصم أحدهما إلى الآخر باعتبار القيمة، وقال أبو يوسف وعنه باعتبار الأجزاء، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، ذكره في بواخر هشام. وقال ذلك أنه إذا كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تساوي مائة درهم أو خمسون درهماً وعشرة مثاقيل ذهب تساوي مائة وخمسين درهماً، فعند أبي حنيفة يصم أحدهما إلى الآخر ونحو الزكاة، وعندهما يصم باعتبار الأجزاء وقد ملئت نصف نصاب أحدهما وربع نصاب الآخر فلا يجب فيهما شيء ثم... عند أبي حنيفة يعتبر في تقويم منفعة الفقراء كما هو أصله حتى روي عنه أنه إذا كان الرجل مائة وخمسة وتسعون درهماً ودينار يساوي حصة دراهم أنه يجب الزكاة، وذلك أن يقوم الذهب

الدرهم والعشرين المنقال من شيء فحساب ذلك ما كان من قليل أو كثير، وهذا يأخذ في الريادة^(١). وقال أبو حنيفة رحمه الله ليس فيما راد على المائتين شيء حتى يبلغ أربعين درهماً. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه^(٢). وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقوم الذهب ولا الفضة إنما الزكاة على وره، جاءت بذلك السنة، إن كان له منها خمسة عشر مثقالاً ذهباً لم يكن عليه فيها زكاة ولو كان قيمتها ألف درهم، لأن الحديث إنما جاء في عشرين مثقالاً. ولو كان له مع ذلك أربعون درهماً لم يزكه حتى يكون خمسين درهماً، فإذا كمل من الأخرى أوجبت فيه الزكاة. وكذلك لو كان نصف من هذا ونصف من هذا فعليه الزكاة فيصيف بعضه إلى بعض ويخرجه دراهم أو دنانير، وإن شاء زكى الذهب والفضة بحصصهما أي ذلك فعل أحزاه. ولو كان له مائتا درهم وعشرة مثاقيل زكى المائتي درهم بحمسة دراهم وزكى العشرة المثاقيل بربع مثقال.

قال: ولو أن رجلاً له مائتا درهم وعشرة مثاقيل ذهباً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان

بالقصة. إلى أن قال محتجاً للإمام: أبو حنيفة يقول: هما عينان وجب ضم أحدهما إلى الآخر لإيجاب الزكاة فكان المضم باعتبار القيمة كمعروض التجارة، وهذا لأن كمال الصاب لا يكون إلا عند اتحاد الجنس وذلك لا يكون إلا باعتبار صفة المائية دون العين، فإن الأموال أجاس باعتبار أعيانها، جس واحد باعتبار صفة المالية فيها إلخ.

(١) وبه قال محمد وهو قول علي وابن عمر وإبراهيم السخمي رضي الله عنهم. وقال طاوس: لا يجب في الريادة شيء حتى تبلغ مائتي درهم، ويجب في كل مائتي درهم خمسة دراهم. واحتجوا بحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «في مائتي درهم خمسة دراهم وما زاد فبحساب ذلك». واحتج أبو حنيفة بحديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «وفي كل مائتي درهم خمسة دراهم وفي كل أربعين درهماً درهم» ولم يرد به في الابتداء فعلم أن المراد به بعد المائتين. وفي حديث معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: «لا تأخذ من الكسور شيئاً وفي مائتي درهم خمسة دراهم فما راد على ذلك ففي كل أربعين درهماً درهم» وقاس بالسوائم فعيها وقصر بعد الصاب الأول، وكذلك في النفود بطل أن الزكاة واجبة في الكل على وجه يحصل به الطر للمفرد وأرباب الأموال. وحديث علي رضي الله عنه لم ينقله أحد من الثقات مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فالمصير إلى ما رويناه أولى سبباً (٣٣/١١).

(٢) وهو قول عمر رضي الله عنه كما في المبسوط (٣٣/١١).

(٣) وفي الجوهر النقي: وروينا من طريق أسبغ شيبه عن عبد الرحمن بن سليمان عن عاصم الأحول عن الحسن البصري قال: كتب عمر إلى أبي موسى: فما زاد على المائتين ففي كل أربعين درهماً درهم. قال: وأخرجه الطحاوي في أحكام القرآن (٣٥٧/٤) من وجه آخر عن أسبغ عن عمر نحوه قال: وروى ابن أبي شيبه (٣٥٥/٢) بسند صحيح عن محمد بن النضر ربه: «إذا بلغت خمس أوق نصيب خمسة دراهم وفي كل أربعين درهماً درهم».

يقول إذا حال عليها الحول يصيف بعضه إلى بعض ويركبه كله. وقال ابن أبي ليلى: مدين مالا لا يختلفون تجب الزكاة على الدراهم ولا تجب على الذهب. وقال أبو يوسف: فيه الزكاة كله، ألا ترى أن الحجر يكون له المنافع لتجارة وهو مختلف فيقومه ويصيف بعضه إلى بعض ويركبه؟ وكذلك الذهب والفضة. وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أمر رجلا تاجرا أن يقوم تجارته عند الحول فيركبها ^(١).

(١) رواه أبو عبيد في الأموال عن يحيى بن سعيد وأبي معاوية ويبريد بن أبي إسحاق عن هارون عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن أبي سبرة عن أبي عمرو بن حماد عن أبيه قال: «مر بي عمر فقال: يا حماد أدركت مالك فقلت: مالي مال إلا جعاب وأدم فقال: قومها قيمة ثم أدركها» وأخرجه الشافعي وأحمد وعبد الرزاق وابن أبي شيبة وسعيد بن منصور والبيهقي والدارقطني عنه رحمهم الله.

• رواه النارمي (١/٤٦٧).

باب الصيام

قال أبو يوسف رحمته: وإذا اكتحل الرجل في شهر رمضان أو عبر رمضان وهو صائم، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا بأس بذلك. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يكره ذلك ^(١) ويكره أن يدهن شاربه بدهن يحدد طعمه وهو صائم. قال: وإذا صام الرجل يوماً من شهر رمضان فشك أنه من شهر رمضان ثم علم بعد ذلك أنه من رمضان، فإن أبا حنيفة رحمته قال: يجزيه. وبه نأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يحريه ذلك وعليه قضاء يوم مكانه.

(١) وفي المبسوط ج ٣ ص ٦٧: والاكتمال لا يضر الصائم وإن وجد طعمه في حلقه. وكان إبراهيم يكره للصائم أن يكتحل، وابن أبي ليلى كان يقول: إن وجد طعمه في حلقه فطره لوصول الكحل إلى باطنه. ولما حديث أبي رافع رضي الله عنه «أن النبي صلى الله عليه وسلم دعا بمكحلة إشد في رمضان فكتحل وهو صائم». وعن ابن مسعود قال: «خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء من بيت أم سمية وعينه مملوءة كحلا كحلته أم سلمة». وصوم يوم عاشوراء في ذلك الوقت كان فرصاً ثم صار مسوحاً، ثم وجد من الطعم في حلقه أثر الكحل لا عيه كمن ذاق شيئاً من الأدوية المرة يجد طعمه في حلقه فهو قياس العيار والدخان، وإن وصل عين الكحل إلى باطنه فذلك من قبل السام لا من قبل المسالك إذ ليس من العين إلى الخلق مسلك، فهو يطير الصائم بشرع في الماء فيجد برودة الماء في كده وذلك لا يضره. وعلى هذا إذا دهن لصائم شاربه. فأما السعوط والرجور فطره لوصوله إلى أحد الخوفين إما الدماغ أو الجوف. والفطر مما يدخل. ولا كفارة عليه لأن معنى الجنابة لا يتم به، فإن اقتضاء الشهوة لا يحصل به إلا في رواية هشام عن أبي يوسف أن عليه الكفارة إذا لم يكن به عذر.

(٢) قال في المبسوط ج ٣ ص ٦٠: ولما حديث علي وعائشة رضي الله عنهما أنهما كانا يصومان يوم الشك، وكانا يقولان: لأن يصوم يوماً من شعبان أحب إلينا أن نطهر يوماً من رمضان، وإنما كان يصومان بنية التمل، لإجماعنا على أنه لا يباح صوم يوم الشك بنية القرض ولو لا أن عدد التين يحور الصوم عن القرض لم يكن لهذا التحرز منها معنى.

وقال في ص ٦٣: رجل أصبح صائماً في رمضان قبل أن يتبين أنه من رمضان ثم تبين أنه من صومه جائر وقد أساء حين تقدم الناس، ومراده في هذا يوم الشك، ومعنى الشك أن يستوي طرف العم وطرف الجهل بالشيء، وإنما يقع الشك من وجهين:

أما إن غم هلال شعبان فوقع الشك أنه اليوم الثلاثون منه أو الحادي والثلاثون أضع هلال رمضان فوقع الشك في اليوم الثلاثين أنه من شعبان أو من رمضان، ولا خلاف أنه يكره الصوم فيه بنية العرص لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين» ولأنه حتى نوى العرص فقد اعتقد الفريضة فيما ليس به رمضان وذلك كاعتقاد العلية فيما هو فرض، ولكن مع هذا إذا تبين أن اليوم من رمضان مصومه تام، لأن الشك ليس لعين الصوم فلا يؤثر فيه. فأما إذا صام فيه بنية العمل فلا بأس به عداً، وهو الأمثل.

قال: وإذا أمطرت المرأة يوماً من رمضان متعمدة ثم حاصت من آخر شهر، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: ليس عليها كفارة وعليها القضاء. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليها الكفارة وعليها القضاء ^(١).

قال: وإذا وجب على الرجل صوم شهرين من كفارة إفطار من رمضان، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: ذاك الشهران متتابعان ليس له أن يصومهما إلا متتابعين. وذكر أبو حنيفة نحوه من ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ^(٢). وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: ليسا بمتتابعين ^(٣).

(١) وفي المبسوط ج ٣ ص ٧٥: رجل جامع امرأته في يوم من رمضان ثم حاصت المرأة ومرض الرجل في ذلك اليوم، سقطت عنهما الكفارة عدناً، وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا تسقط. إلى أن قال: وقال زمر: تسقط عنها بعذر الحيض ولا تسقط عنه بعذر المرض. وجه قول ابن أبي ليلى أن السبب الموجب للكفارة قد تم وهو المطر فوجبت الكفارة ديناً في الفضة، والحيض والمرض لا ينال بقاء الكفارة، ثم الحيض والمرض لم يصادف الصوم ها فاعتراضهما في اليوم والليل سواء، وهو قياس السمر بعد الفطر لا يفسد الكفارة لئلا أو نهاراً. ويرد رحمه الله تعالى يفرق ويقول: الحيض ينال الصوم وصوم يوم واحد لا يتجرى فتقرر المسألة في آخره يمكن شبهة المسألة في أوله فأما المرض لا ينال الصوم فلا يتمكن بالمرض في آخر انقضاء شهره شبهة التسعة في أوله للصوم. ولكننا نقول: المرض ينال استحقات الصوم بدليل أنه لو لم يفطر حتى مرض يباح نه المطر. والكفارة لا تجب إلا بالفطر في صوم مستحق واستحقاق الصوم في يوم واحد لا يسحراً فتقرر المسألة للاستحقاق في آخر شهر يمكن شبهة المسألة للاستحقاق في أوله، بخلاف السمر فإنه غير نافٍ للاستحقاق، حتى لو لم يفطر حتى سافر لا يباح له الفطر فلا يتمكن بالسفر في آخر الشهر شبهة في أوله، بخلاف ما إذا لم يفطر حتى سافر ثم أظفر لأن سقوط الكفارة هناك باعتبار الصور المبيحة، والصور المبيحة إنما تعمل إذا اقترنت بالسبب، ولا إفساد في الصور، إنما ذلك في المعاني، ثم السفر فعله، والكفارة إنما وجبت حقاً لله تعالى فلا يسقط بعمل العبد باختياره، بحال المرض والحيض فإنه مساوي لا صبح للعاد فيه، فإذا جاء العذر ممن له الحق سقطت به الكفارة، فإن سافر به مكرهاً فقد ذكر في اختلاف زمر ويعقوب رحمهما الله تعالى أن على قول أبي يوسف عليه السلام لا تسقط به الكفارة، لأن الصنع للعباد فيه، فهو قياس ما لو أكره على الأكل بعد ما أفطر، وعلى قول زمر رحمه الله تعالى تسقط، لأنه لا صبح له فيه. ولا اعتماد على هذه الرواية عن زمر رحمه الله تعالى، فإن عده بالمرض لا تسقط الكفارة بالسفر مكرهاً كيف تسقط!!.

(٢) أخرجه أبو يوسف عن الإمام عن عطاء عن سعيد بن المسيب مرسلًا وكذلك أخرجه الإمام الحسن بن زياد في مسنده، وطلحة بن محمد وابن المنذر وابن عسرو عنه. وأخرجه الإمام محمد في السوط عن مالك والبخاري من طريق شعيب كلاهما عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة مسنداً موصولاً وفيه: شهرين متتابعين. والحديث هذا أخرجه الأئمة في كتبهم.

(٣) قال الإمام السرخسي في المبسوط: والصوم مقدر بالشهرين بصمة التتابع، لا على قول ابن أبي ليلى فإنه يقول: إن شاء تابع، وإن شاء فرق بالقياس على القضاء، وما روي من الآثار حجة عليه.

قال: وإذا توضأ الرجل للصلاة المكتوبة فدخل الماء حلقه وهو صائم في رمضان ذاكراً لصومه، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: إن كان ذاكراً لصومه حين توضأ فدخل الماء حلقه فعليه القضاء، وإن كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه. وذكر ذلك أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا قضاء عليه إذا توضأ لصلاة مكتوبة، وإن كان ذاكراً لصومه.

وقد ذكر عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إذا توضأ لصلاة مكتوبة وهو صائم فدخل الماء حلقه فلا شيء عليه، وإن كان توضأ لصلاة تطوع فعليه القضاء.

قلت: أشار إلى ما ذكر من الأحاديث التي ذكرها قبيل ذلك. منها الحديث الذي ذكرت تخريجه، ومنها ما ذكره بقوله: ولنا قول النبي ﷺ «من أفطر في رمضان متعمداً فعليه ما على المظاهر» قلت: قال في الدراية. لم أجده هكذا.

وأخرجه الدارقطني (أي حديث الأعرابي) من طريق مجاهد عن أبي هريرة أن النبي ﷺ أمر الذي أفطر يوماً من رمضان بكفارة الطهارة إلخ.

(١) وأخرجه عنه من طريق الإمام في آثاره أيضاً. وأخرجه الإمام محمد أيضاً في آثاره عنه. قال محمد: وبه نأخذ إن كان ذاكراً لصومه، فإذا كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه، وهو قول أبي حنيفة.

قلت: قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج ٣ ص ٦٦: ولنا ما روي أن النبي ﷺ قال للقيظ بن صبرة: «بالغ في المصمصة والاستنشاق إلا أن تكون صائماً» فأنهى عن المبالغة التي فيها كمال السنة عند الصوم دليل على أن دخول الماء في حلقه مفسد لصومه، ولأن ركن الصوم قد انعدم مع عذر الخطأ، وأداء العادة بدون ركنها لا يتصور، وهكذا القياس في النسي، لكن تركناه بالسنة وهذا ليس في معناه، لأن التحرز عن السيئ غير ممكن ولتحرز عن مثل هذا الخطأ ممكن. ثم ركن الصوم قد انعدم معنى، فإن الذي حصل له وإن كان محطاً قد انعدم صورة لا معنى بأن يتناول حصاة فسد صومه، فإذا انعدم معنى أولي، لأن مراعاة المعاني في باب العادات أي من مراعاة الصور. وكان ابن أبي ليلى يقول: إن كان وضوءه فرصاً لم يفسد صومه، وإن كان فلا يفسد صومه لهذا.

وقد روي بعض أهل الحديث: إن كان في الثلاث لا يفسد صومه، وإن جاوز الثلاث يفسد صومه، ومهم من فصل بين المصمصة والاستنشاق في الوضوء والحسبة والاعتماد على ما ذكره. وتأويل الحديث (عني به «رفع عن أمتي الخطأ والسيئ». وما استكروهوا عليه) كما ذكره قبل هذا الاستدلال أن المراد رفع الإثم دون الحكم وبه نقول. قلت: حديث لقيظ بن صبرة أخرجه البيهقي من طريق سليمان بن إسماعيل بن كثير عن عاصم بن لقيظ بن صبرة عن أبيه.

باب في الحج

قال أبو يوسف: وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول: لا تشعر البدن ويقول: الإشعار ^(١). وكان ابن أبي ليلي يقول: الإشعار في السام من الجانب الأيسر وبه يأخذ. قال: وإذا أهل الرجل بعمره فأفسدها فقدم مكة وفصاها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يحزبه أن يقصبها من السميم. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلي يقول: لا يحزبه أن يقصبها إلا من مقات بلاده ^(٢). قال: وإذا أصاب الرجل من صيد البحر شيئاً سوى السمك، فإن أبا حنيفة رحمه الله

(١) وفي مسوط السرخسي ج ٤ ص ١٣٨: وأما الإشعار فهو مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما هو حسن في البدنة وإن ترك لم يضره. وصفة الإشعار هو أن يصرّب بالمصبع في أحد جانبي سام البدنة حتى يخرج الدم منه ثم يقطع بذلك الدم سامه سبي ذلك إشعاراً بمعنى أنه جعل ذلك علامة له.

والإشعار: هو الإعلام. وكان ابن أبي ليلي يقول: الإشعار في الجانب الأيسر من السام. وقد صح في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أشعر البدن بيده. وهو مروي عن الصحابة ظاهر حتى قال الطحاوي: ما كره أبو حنيفة أصل الإشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الآثار؟ وإضا كره إشعار أهل زمانه، لأنه رأى أنهم يستقصون ذلك على وجه يحاف منه هلاك البدنة لسرايته خصوصاً في حر الحجاز فرأى الصواب في سد هذا الباب على العامة، لأنهم لا يراعون أحد. فأما من وقف على ذلك بأن قطع الجلد فقط دون اللحم فلا بأس بذلك. ثم حجتهما من حيث المعنى، لأن المقصود من الإشعار والتقليد إعلام بأنها يدة حتى إذا ضمت ردت، وإذا وردت الماء والعلف لم تصع، لكن هذا المقصود بالتقليد لا يتم لأن القلادة تحل ويحتمل أن تسقط منه فإنما يتم بالإشعار لأنه لا يهافه فكان الإشعار حسناً هذا. وأبو حنيفة يقول: معنى الإعلام بالتقليد يحصل، وهو لإكرام البدنة، وليس في الإشعار معنى الإكرام، بل ذلك يؤدي البدنة، ولأن التحليل مطلوب إليه، وإنما كان مندوباً لدفع أدى الدباب، والإشعار من جواب الدباب ولهذا كرهه أبو حنيفة رحمه الله.

(٢) قل اسرخسي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي من مسوطه محتجاً لابن أبي ليلي: لأنه إذا يقصبي ما داته فعليه أن يقصبها كما داته. ثم القضاء بصفة الأداء، فإذا كان هو في أداء هذه العمرة إذا أحرم له من النيات فكذلك في القضاء، ولكنا نستدل بحديث عائشة رضي الله عنها، فإنها لما حاضت بسرف بعد ما أحرمت قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ارقصي عمرتك واصمعي جميع ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت» ثم أمر أخاها عبدالرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما أن يعمرها من التمتع مكان عمرتها التي فاتتها، ولأن ما يلزمه بالشروع معتر بها يلزمه بالنذر. ومن نذر عمرة فأداها من التمتع خرج عن موجب نذره، ولأنه وصل إلى مكة بالإحرام الفاسد فيجعل كد لو وصل إليها بإحرام صحيح، فكما أن هناك يكون هو بمنزلة أهل مكة في الإحرام في الحج والعمرة الواجب وغير الواجب في ذلك سواء، فكذلك هنا هو بمنزلة أهل مكة في حكم قضاء هذه العمرة.

كان يقول: لا خير في شيء من صيد البحر سوى السمك، وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا بأس بصيد البحر كله ^(١).

وقال أبو يوسف رحمه الله: سألت أبا حنيفة رحمه الله عن حشيش الحرم فقال: أكره أن يرعى من حشيش الحرم شيئاً أو يحتش ^(٢) منه. قال: وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال: لا بأس أن يحتش من الحرم ويرعى منه ^(٣). قال: وسألت إسماعيل بن أروطاه فأخبرني أنه سأل عطاء بن أبي رباح فقال: لا بأس أن يرعى وكره أن يحتش. وبه يأخذ. قال أبو

(١) قال السرحي: والذي يرخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما طير البحر لا يرخص فيه للمحرم، ويجب الجواز بقتله وهذا لأن الله تعالى أباح صيد البحر مطلقاً بقوله عز وجل: ﴿أَجَلٌ لَّكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ الآية. فأحرم والحلال فيه سواء، ولأن المحرم بالنسبة لقتل الصيد على الحرم والقتل في صيد البحر لا يتحقق، ولأن صيد البحر ما يكون بحري الأصل والمعاش كالمسك، فأما الطير فهو بري الأصل بحري المعاش، لأن تولده يكون في البر دون الماء فيكون من صيد البر، ألا ترى أن ما يكون مائي الأصل وإن كان قد يعيش في البر كالصدع جعل مائياً باعتبار أصله حتى لا يجب على المحرم بقتله شيء. فكذلك ما يكون بري الأصل لا يرخص للمحرم فيه. قال ابن الممام في المتع: واختلف في أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط؟ نعم المحيط: كل ما يعيش في الماء يحل قتله وصيده للمحرم به. قال بعضهم: كالسمك والصدع والسرطان وكلب الماء. وفي مسائل الكرماني: الذي يرخص من صيد البحر هو السمك خاصة، والأصح هو الأول، لأن قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَصَعَاءَهُ﴾ يتناول بحقيقته عموم ما في البحر. وفي البدائع: أما صيد البحر فيحل اصطاده للحلال والمحرم جميعاً مأكولاً أو غير مأكول، واستدل بالآية، وأما ما في الأصل من قوله: والذي رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما الطير فلا يرخص فيه للمحرم، فقد شرحه في المبسوط بما يعيد تعمم الإباحة وأن المراد ما يقابل المائي بالسمك، فالصدع جعله شمس الأئمة في المبسوط من صيد البحر مطلقاً، وكذا قاضيخان. قلت: نص الإمام بقوله: «لا خير في شيء من صيد البحر سوى السمك» يأتي تأويلهم بما يفيد تعميم الإباحة بل المفهوم منه المصرح بخصيص الإباحة بالسمك. فالصحيح قول الكرماني دون ما في المحيط، والله أعلم.

(٢) في المعرب وحششت الحشيش: قطعته. واحتششته: جمعته — عن الجوهري.

(٣) وفي المبسوط ج ٤ ص ١٠٤: وكما لا يرخص في قطع الحشيش في الحرم بالمجمل فكذلك لا يرخص في رعي الدواب في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بأس بالرعي، لأن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ولا يمكنهم مع الدواب من رعي الحشيش ففي ذلك من الإخراج مالا يخفى فيرخص فيه لدفع الإخراج. وعلى قول ابن أبي ليلى لا بأس بالرعي يحش ويرعى لأجل البلوى والضرورة فيه، فإنه يشق على الناس حمل علف الدواب من خارج الحرم، ولكن أبو حنيفة ومحمد استدلا بقوله تعالى: ﴿لَا يَخْتَلِي﴾ حالها ولا بعصد شوكتها وفي الاحتشاش ارتكاب السهي، وكذلك في رعي الدواب لأن مشاهد الدواب كالمساجل. وإنما تعبر بالبلوى فيما ليس فيه نهي بحالها، فأما مع وجود العلف لا يعتبر به.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٨٩

يوسف رحمه الله. سألت أبا حنيفة عليه السلام ^(١) قال: لا بأس أن يحرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل. وبه يأخذ ^(٢). قال: وسمعت ابن أبي ليلى يحدث عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أنهما كرها أن يحرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل شيئاً. وحدثنا شيخ عن رزيق ^(٣) مولى عيسى بن عبد الله بن عباس ^(٤) أن علي بن عبد الله كتب إليه أن يعث إليه قطعة من المروة ^(٥) يتخذها مصلى يسجد عليها ^(٦). قال: وإذا أصاب الرجل حماماً من حمام الحرم، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: عليه قيمته. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه شاة. وسمعت ابن أبي ليلى يقول في حمام الحرم عن عطاء بن أبي رباح شاة ^(٧).

(١) كذا في الأصل وبعل بعض العبارة سقط من الأصل نحو قوله عن إخراج تراب الحرم أو نحوه. والله أعلم.

(٢) قال الإمام السرخسي محتجاً لأئمتنا: ولكنا نقول: ما جاز الانتفاع به في الحرم بحجر إخراج من الحرم كالثبات، وما لا يجوز إخراج من الحرم لا يجوز الانتفاع به في الحرم كالصيد، وبالإجماع له أن يتفع بالحجارة والتراب في الحرم، فيكون له أيضاً إخراج ذلك من الحرم. وما روي عن عمر (كذا) وابن عباس شاة فقد طهر عمل الناس بخلافه، فإنهم تعارفوا إخراج القدور من الحرم من غير تكبر منكر، وإخراج التراب الذي يجمعونه من كس سطح البيت ونحو ذلك ويتبركون بذلك، وكل أثر شاذ يكون عمل الناس طاهراً بحالاه فإنه لا يكون حجة.

(٣) لم أجده في الكتب الموجودة عندي.

(٤) علي بن عبد الله بن عباس الهاشمي أو محمد المديني. روى عن أبيه وأبي هريرة. وعنه بنوه محمد وعيسى ودود وسيمان وغيرهم. قال ابن سعد: ثقة، قليل الحديث، أجمل من علي وجه الأرض. ولد سنة أربعين، كان يسجد كل يوم ألف سجدة. مات سنة ١١٧.

(٥) في المغرب: المروة حجر أبيض رقيق يجعل منه المظار وهي كالكساكين يديح بها.

(٦) صمير المؤث، وكان في الأصل عليه بتدكير الصمير وليس بصواب إلا أن يكون تأويل الخمر

(٧) وهو قول محمد أيضاً. وفي المسوط ج ٤ ص ٨٣: وأبو حنيفة وأبو يوسف أحدا يقول ابن عباس رضي الله عنهما فإنه من المثل بالقيمة. والمعنى الفقهي يشهد له، فإن الحيوان لا مثل له من جنسه، ألا ترى أن في حق حقوق العباد يكون الحيوان مصموماً بالقيمة دون المثل فكذلك في حقوق الله تعالى، وكما أن المثل منصوص عليه هنا فكذلك في حقوق العباد في قوله تعالى ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِمْ مِثْلَ مَا أَعْتَدْتُمْ لَكُمْ﴾ يوضحه أن المماثلة بين الشئيين عند اتحاد الجنس أبلغ منه عند اختلاف الجنس، فإذا لم تكن العامة مثلاً للخاصة كيف تكون البينة مثلاً للصفة والمثل من الأسماء المشتركة فمن ضرورة كون الشيء مثلاً لغيره أن يكون ذلك الغير مثلاً له، ثم لا تكون العامة مثلاً للبينة عند الإتلاف، فكذلك لا تكون البينة مثلاً للصفة، وإذا تعدد اعتبار المماثلة صورة وجب اعتبارها بالمعنى وهو القيمة. فأما قوله: ﴿مِنْ النَّعْمِ﴾ فقد قيل: فيه تقديم وتأخير ومعناه فجاء مثل ما قتل يحكم به ذوا عدل منكم من النعم هدياً بالغ الكعبة. إلى أن

قال: وسئل أبو حنيفة عن الحرم يصيب الصيد فيحكم عنه فيه عاق أو حمرة أو شه ذلك فقال: لا يجرى في هدي الصيد إلا ما يجرى في هدي السعة: الحدع من الصان إذا كان عطيماً أو الشئ من المعز والبقر والإبل مما فوق ذلك لا يجرى ما دون ذلك، ألا ترى إلى قول الله عز وجل في كتابه في حزاء الصيد: ﴿ هَدْيًا يَبْلُغُ الْكَعْبَةَ ﴾ وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال: يبعث به وإن كان عاقاً أو حملاً. قال أبو يوسف: آخذ بالأثر في العاق والحمرة وقال أبو حنيفة: ﴿ هَدْيًا ﴾ في ذلك كله قيمته. وبه نأخذ^(١).

قال: ويحجب الصحابة هذه الظواهر لا باعتبار أعيانها بل باعتبار القيمة، إلا أنهم كانوا أرباب المواشي فكان ذلك أسير عليهم من القود، وهو نظير ما قال علي عليه السلام في ولد المعرور: «وفيك العلم بالعلام، والجدية بالخارية» المراد أعيانه. والاختلاف في هذه المسألة في مصول: أحدهما ما بينا، والثاني أن الذي أتى الحكمين يقوم الصيد فإذا طهرت قيمته فالحيار إلى الحرم بين التكفر بأهدي والإطعام والصيام في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد اختيار إلى الحكمين، فإذا عيا بوعد عليه يلزمه الكفير به بعينه. والتفصيل في السوط فمن شاء زيادة التفصيل فليراجع.

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٩٣ ولأن الواجب بالنص هنا أهدي قال الله تعالى: ﴿ يَبْلُغُ الْكَعْبَةَ ﴾ فهو بمنزلة هدي المتعة والقرن فكما لا يجرى الحمل والعاق في هدي السعة والقران لا يجرى هـ (أي في هدي الجراء) وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى جوروا ذلك في جراء الصيد استحساناً بالأثر التي جاءت به، فإن الصحابة قلوا: في الأرنب عاق وفي الأبروع حمرة، ولأن الرجل قد يسي الدراهم والثوب هدياً. ألا ترى أن الرجل لو قال: لله علي أن أهدي هذه الدراهم، يلزمه أن يفعل ذلك بالحمل والعاق أولى في ذلك ولا يستقيم قياسه على المتعة لأنه قياس المصوص بالمنصوص، ولأن أهدي قد يكون عاقاً وفصيلاً وجدياً، ألا ترى أنه لو أهدي ناقة فتحت كان ولدها هدياً معها يحر؟ ولو كان غير هدي لكان يتصدق به كذلك قبل الحر، وليسكن أبو حنيفة يقول: أجوز هدياً نعم لا مقصوداً كس لا يجوز التصحية نعماً لا مقصوداً إذا تحت الأضحية.

(٢) كما في الأصل: في ذلك كله قيمته. وبه نأخذ. والصواب حذف وبه نأخذ، لأن أبا يوسف يخالفه في العاق والجفرة كما قال قبيل ذلك، وإنما يوافق في الذي لم تبلغ قيمته عاقاً ولا حمرة والمراد من القيمة تكفيره بالإطعام أو الصيام. قال في المبسوط (ج ٤ ص ٩٣): فإذا بلغت قيمة شيء من هذه الحيوانات حملاً أو عاقاً لم يجزه الحمل ولا العاق من أهدي في قول أبي حنيفة وأدنى ما يجرى في ذلك الحدع العظيم من الصان أو الشئ من غيره، فإن كان الواجب دون ذلك كفر بالإطعام أو الصيام، وجعل هذا قياس الأضحية فكما لا يجرى هالك التقرب بإرافة دم الحمل والعاق مقصوداً، فكذلك هنا.

يقول: ليس لهم أن يقتلوا حتى يكر الأصغر. وبه يأخذ^(١).
حدثنا أبو يوسف عن رجل عن أبي جعفر أن الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل
ابن ملجم بعلي^(٢) وقال أبو يوسف: وكان لعلي أولاد صغار.
قال: وإذا أقتل القوم فأنجلوا^(٣) عن قتل لم يدر أيهم أصابه، فإن أبا حنيفة
كان يقول: هو على عاقلة القبيلة التي وجد فيها إذا لم يدع ذلك أولياء القتل على
غيرهم. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هو على عاقلة الذين أقتلوا جميعاً إلا أن
يدعي أولياء القتل على غير أولئك. وهذا يأخذ^(٤).
قال: وإذا أصيب الرجل وبه جراحة فاحتمل فلم يرل مريضاً حتى مات، فإن أبا
حنيفة رضي الله عنه كان يقول: ديته على تلك القبيلة التي أصيب فيها. قال محمد: وبه يأخذ^(٥).

إن شئت وأخره إلى ما بعد موته؟ ولو كان مرتكباً لما أخر علي قتله. ولا يقال: قتله حداً لسهه في
الأرض بالفساد حتى قتل إمام المسلمين، لأن الساعي بالفساد يقتل الإمام لا يقتل قصاصاً ولا
تري أنه اعترى المماثلة بقوله: «ناصره كما صري» وقد ذكر المرئي عن الشافعي قال: قتل ابن
ملجم علياً متارلاً بأقيد به عدل أنه قتل قصاصاً إلخ. والتفصيل في المسوط فإنه أطال وأجاد.
(١) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضاً. أناده السرخسي.
(٢) وأخرجه البيهقي من طريق الشافعي عن أبي يوسف هكذا. وأخرجه في باب الرجل يقتل واحداً
من المسلمين على التأويل من طريق الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن
علياً قال في ابن ملجم بعد ما صربه: «أطعموه واسقوه، وأحسوا إساره. فإن عشت فأنا ولي
دمي أعمو إن شئت، وإن شئت استغدت، وإن مات فقلنموه فلا تقتلوا» وذكر في الاستيعاب
قصته بالاستيعاب.

(٣) في المسوط: وأجلوا عن قتل مكان أنجلوا. وفي المغرب: وأجلوا عن قتل انكشفوا عنه وانرجوا.
(٤) وفي المسوط: وأما إذا أجلوا عن قتل ولا يعلم أيهم أصابه، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد على عاقلة
القبيلة الذين أقتلوا جميعاً وإليه رجع أبو يوسف. ذكرنا هذا قوله. وقد بينا المسألة في الديات
(٥) وفي المسوط ج ٢٦ ص ١١٨: فإن كان صحيحاً ينجى ويذهب فلا شيء فيه. قال: وجه قولنا
أنه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض إذا اتصل به الموت يجعل كالميت، ألا ترى أن في
حكم التصرفات جعلت هذه الحال كالحال بعد موته؟ فكذلك في حكم القسامة والدية يجعل
كأنه مات حين جرح في ذلك الموضع، فأما إذا كان صحيحاً يذهب وينجي فهو في حكم
التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في حكم القسامة والدية. وعلى هذا يخرج
إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته مات بعد يوم أو يومين فإن كان صاحب فراش حتى
مات فهو على الذي يحمله، كما لو مات على ظهره، وإن كان يذهب وينجي فلا شيء على من
حمله. وفي قول ابن أبي ليلى لا شيء في النوحين.

• رواه الشافعي في مسنده (ص ٣١٣)، والبيهقي (٥٦/٨، ١٨٣).

وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس عليهم شيء. وكان أبو حذيفة رحمه الله يقول: الفصاص بكل وارث. وبه تأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يجعل لكل وارث فصاصاً إلا الزوج والمرأة.

قال: وإذا وجد القتل في قبيلة، فإن أبا حذيفة رحمه الله كان يقول: القسامة على أهل الحطة والعقل عليهم وليس على السكان ولا على المشتريين شيء. وبه تأخذ^(٢). ثم قال أم

(١) قال السرخسي في المبسوط ج ٢٦ ص ١٥٧: وكذلك ثبت حق الروح والروحة في الفصاص عندما، وعلى قول ابن أبي ليلى لا يثبت حصصاً في الفصاص لأن سبب استحقاقهما العقد، والقصاص لا يستحق بالعقد، ألا ترى أن حق الموصي له لا يثبت في الفصاص؟ وهذا لأن المقصود في الفصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به لأقارب الذين يمصر بعضهم بعضاً. وحجتنا في ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالا أو حقاً لمورثته» والقصاص حقه؛ لأنه بدل نفسه فيكون ميراثاً لجميع ورثته كالدية، والدليل عليه أن استحقاق الإرث بالروحية كاستحقاقه بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد، وبه فارق الوصية. وهذا تبين أن الاستحقاق ليس بالعقد.

(٢) وفي المبسوط ج ٢٦ ص ١١٢: وإذا وجد القتل في قبيلة بالكوفة وفيها سكان وفيها من قد اشترى من دورهم فالقسامة والدية على أهل الحطة دون السكان والمشتريين. وهذه فصول: أحدها أنه ما بقي في المحلة أحد من أصحاب الحطة فليس على المشتريين من ذلك شيء في قول أبي حذيفة ومحمد رحمهما الله، وفي قول أبي يوسف وهو قول ابن أبي ليلى: المشتريون في ذلك كأصحاب الحطة، لأنهم قاموا مقام النائع، ولأنهم ملاك لبعض المحلة كأصحاب الحطة، وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب لذلك كاستحقاق الشععة، ألا ترى أن القتل الموجود في دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشترياً أو صاحب حطة؟ وكذلك في القتل الموجود في الحنة، وأبو حذيفة ومحمد نالا: صاحب الحطة أخص بتدبير المحلة من المشتريين، ألا ترى أن المحلة تنسب إلى أصحاب الحطة دون المشتريين وأن المشتريين قسماً يراحمون أهل الحطة في التدبير ولقيام بعضهم المحلة؟ فكان صاحب الحطة أخص بحكم القسامة والدية من المشتريين أيضاً، بمسألة صاحب الدار في القتل الموجود في داره مع أهل المحلة لما كان هو أخص بالتدبير في داره كان موجب ذلك عنه. ثم المشتريون أئاع لأصحاب الحطة، وما بقي شيء من الأصل يكون الحكم له دون التبع. وقيل إنما أجاب أبو حذيفة رحمه الله بهذا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه أن أصحاب الحطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركون المشتريون في ذلك، فأما إذا لم يبق من أصحاب الحطة أحد وفيها سكان ومشتريون فهي عليهم. وهو قول ابن أبي ليلى، لأن رسول الله ﷺ قضى بها على أهل خيبر وقد كانوا سكاناً، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه أجلاهم منها إلى الشام؟ وجه قول أبي حذيفة محمد رضي الله عنهما أن التدبير في أهل المحلة إلى أصحاب الملك دون السكان، لأن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك. والدليل عليه أن ما يسي من العلم شرعاً على القرب يخص به أصحاب الملك دون السكان وهو الشععة، وكذلك ما يكون من العزم شرعاً. ولا حجة في حديث خيبر فإنهم كانوا ملائكة قد أقرهم رسول الله ﷺ ونكه استثنى بقوله: أقركم ما أقركم الله، فهذا أجلاهم عمر رضي الله عنه، وما وطف عليهم كان بطريق أخر. إلا أن يقال نكلك عليهم الأراصي، وقد يسا هذا في المراجعة.

يوسف بعد: على المشتري والسكان وأهل الحطة وكان ابن أبي ليلي يدعى ابنه عن السكان والمشتري معهم وأهل الحطة وكذلك إذا وجد في امدار مبيع على أهل نفسه قبيلة تلك الدار والسكان الذين فيها في قول ابن أبي ليلي. وكان أبو حنيفة يقول: على عاقلة أبواب الدور خاصة وإن كانوا مشترين. وأما السكان فلا. ومحمد بن أحمد ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلي. وقول أبي حنيفة المعروف: ما بقي من أهل الحطة رجل فلس على المشتري شيء.

قال: وإذا قطع رجل يد امرأة أو امرأة يد رجل، فإن أما حنيفة بن كان يقول: ليس في هذا قصاص، ولا قصاص فيما بين الرجال والنساء فما دون انفس^(١) ولا فيما بين الأحرار والعبد فما دون انفس، ولا قصاص بين الصبيان في انفس ولا غيرها. وكذلك حدث أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلي يقول: القصاص بينهم في ذلك وفي جميع الخراجات التي يستطيع فيها انقص.

قال: وإذا قتل الرجل رجلاً رجلاً بعضاً أو بحجر قصره ضربات حتى مات من ذلك، فإن أب حنيفة عليه كان يقول: لا قصاص بينهما. وكان ابن أبي ليلي يقول: بينهما القصاص. وبه يأخذ^(٢).

(١) قال السرخسي في مسوطه ج ٢٦ ص ١١٣: ولو وجد القتيل في دار رجل قد اشتراها وهو من غير أهل الحطة فأهل الحطة براء من ذلك والقسامة على صاحب الدار، وعلى قومه امدية، لأن الدبير في حفظ الملك الخاص إلى المالك دون أصحاب الحطة من أهل الحطة، واقتل السجود في ملك خاص يجعل كأن صاحب الملك هو القاتل له في حكم القسامة والدية، ولهذا كانت القسامة عليه والدية على عاقلة.

(٢) قال السرخسي في مسوطه ج ٢٦ ص ١٣٦: ولكنا نقول: لا مماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة في الممعة ولا في الدل. والمماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف بدليل أن الصحيحة لا تستوفي بالشلاء للتمات بينهما في الدل والممعة. ولا معنى لقولهم: إن الشلاء مئة لا روح فيها، لأن استيفاءها في القصاص جائز ويقطعها بتألم صاحبها ويجب حكومة العدل لقطعها يعرف أن الحية فيها باقية ولكن التصوت في امدل فلا تقطع الصحة بها، بخلاف انفس بالمعتر هناك المساواة في الفعل حتى تستوفي النفس الصحيحة بارمة إلى أن قال: ولا يقطع يد الحر بيد العبد عده، وعندنا لا يحرق القصاص بين العبد والأحرار ولا بين العبد بين ذوي ليس لا لعدم المساواة في الدل.

(٣) قلت. وهو قول محمد أيضاً قال السرخسي: وقد بنا السائلة في الديات، إلا أن هناك يذكر أن عدها يس يجب القصاص في القتل بالحجر الكبير والعصا لكبير، فأما القتل بالعصا الصغير بالصرب بالموالة لا يجب القصاص به عدا، وإن يجب عدا لشافعي، وهذا من غير الخلاف في هذا الفصل أيضاً. وهكذا ذكره الطحاوي رحمه الله، وكان الطحاوي يسا عده هذه الرواية فيما أورده في كتابه وهو الأصح، فالعصا عدها القصد إلى القتل بنا لا يصح انفس حده



قال: وإذا عص الرجل يد الرجل فاشترع المعصوم يده فقلع بها من أنس العاص، فإن أب حبيبة عليه السلام كان يقول: لا ضمان عليه في الس لأه قد كان له أن يرمي يده من فيه وبه يأخذ. وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلاً عض يد رجل فاشترع يده من فيه فزاع ثبته فأبطلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: «أبعض أحدكم أخاه عص الفحل»^١. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو ضامن لدية الس^(١). وهما يتفقان فيما سوى ذلك مما يحى في الجسد سواء في الضمان.

والعصا، لصمير مع المولاة في ذلك بمنزلة العصا الكبير، قلت. وحجة الإمام ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة وابن حبان عن عبد الله بن عمرو بن طريق القاسم بن ربيعة عن عتبة بن أوس عنه، وفي رواية النسائي والطحاوي عن عتبة عن رجل من الصحابة رفعه: «لا إن ديه الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها»^٢ ونفذ الطحاوي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال في خطبته، «ألا إن قتل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية معلطة مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها»^٣ وعبد الدار فطحي عن القاسم عن عبد الله بن عمرو ليس فيه عصة. وأخرجه أصحاب الس ابن أبي شبة وأحمد والشافعي وعبد الرزاق وسحاق عن القاسم بن ربيعة عن ربيعة عن عبد الله بن عمرو قال ابن انقطاع: هو حديث صحيح ولا يضره هذا الاختلاف فإن عتبة ثقة

(١) أخرجه البخاري من حديث شعبة عن قتادة عن زرارة بن أوفى عن عمران بن حصين أن رجلاً عض يد رجل فزاع يده من فيه فوقع ثبته فاحصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «أبعض أحدكم أخاه كما يعص الفحل! ولا دية له» وأخرج من طريق ابن جريج عن عطاء عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال: «خرجت في غزوة فعض رجل فاشترع ثبته فأبطلها النبي صلى الله عليه وسلم». قلت: والحديث معروف مخرج في كتب الحديث **.

(٢) وفي المبسوط: وإذا عص رجل يد رجل فاشترع المعصوم يده من يده العاص فقلع شيئاً من أسنانه، فعندنا لا ضمان عليه في الس، وعند ابن أبي ليلى هو ضامن من العصة (كذا) لأنه صار قائلاً سة ينزع اليد من فمه إلا أنه معذور في ذلك وذلك لا يسقط الضمان عنه كالحاطين والبصطر، ألا ترى أنه لو جنى على موضع آخر من جسده ليدفع به أذاه عن نفسه كان ضامناً؟ فكذلك إذا نزع يده من فمه ولكننا نقول: هو فيما صبح دافع للأذى غير مباشر للحماية فلا يكون ضامناً، بمنزلة ما لو قصد قتله فدفعه عن نفسه يسقط ضمانات. يوضحه أن صاحب الس هو الحائني بعصه يد غيره على وجه يسقط منه ينزع اليد. وهذا بخلاف ما إذا جنى على موضع آخر من جسده، لأن المعصوم يده هو المباشر لتلك الحماية من غير ضرورة فإنه يتمكن من دفع الأذى عن نفسه بنزع اليد من فمه، فإذا اشتعل بالجناية على جسده في محل آخر كان ضامناً لذلك، وهذا لا يتمكن من دفع الأذى إلا بنزع اليد من فمه.

* رواه أبو داود (١٨٥/٤)، والبيهقي (٦٨/٨)، وانظر: نصب الرأية (٣٣١/٤)، (٣٥٦).

** رواه البخاري (٧٩٠/٢)، (٢٥٢٦/٦)، ومسلم (١٣٠١/٣).

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا صحت^(١) الدابة برجلها وهي تسير، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا صمان على صاحبها، لأنه ينفعنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الرجل جبار»^(٢)، وبه مأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو ضامن في هذا لما أصابت.
قال: وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في الرجل إذا قتل العبد: إن قيمته على عاقلة القتال. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تعقله العاقلة. ثم رجح أبو يوسف فقال: هو مال لا تعقله العاقلة وعلى القاتل قيمته بالعا ما بلغ حالاً^(٤).

(١) في المغرب: صحت الدابة: صرته يحد حابرها.

(٢) وأخرجه هو ومحمد بن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم مرسلًا ولفظه: «العجماء جبار، والقلب جبار، والمعدن جبار، وفي الركز الخمس» وأخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن مسعود مرفوعًا مسندًا وأخرجه الشيخان عن أبي هريرة في أثناء حديث

(٣) قال في المبسوط ج ٢٦ ص ١٨٩: وإن صحت برجلها وهي تسير فلا صمان على الراكب لقوله عليه السلام: «الرجل جبار» أي هدر. والمراد بفحة الدابة بالرجل وهي تسير، وهذا لأنه ليس في وسعه التحرر من ذلك، لأن وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها، وكذلك الفحة بالدب ليس في وسعه التحرر عن ذلك.

وقال ابن أبي ليلى: هو ضامن لجميع ذلك، وقاس الذي يسير على الدابة بالذي أوقف دونه في الطريق فصحت برجلها أو يدها فكما أن هناك يجب صمان الدابة على عاقته فكذلك هنا، وبما يقول في الفرق بينهما هو ممنوع من إيقاف الدابة على الطريق لأن ذلك مصر بالمارة، ولأن الطريق ما أعد لإيقاف الدواب فيه فيكون هو في شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعديًا والمتعدي في التسبب يكون صامتا، فلها يسوي فيه بين ما يمكن التحرر عنه وبين ما لا يمكن وهذا لأنه إن كان لا يمكن التحرر عن الفحة بالرجل والذنب فهو يمكنه التحرر عن إيقاف الدابة، بخلاف الأول، فإن السير على الدابة في الطريق مباح له، لأن الطريق معد لذلك، ولأنه لا يصير بعيره وهو محتاج إلى ذلك ربما لا يقدر على المشي فيستعين بالسير على الدابة، وإذا لم يكن نفس السير جدية قلنا لا يلزمه صمان ما لا يستطيع الامتناع منه، ألا ترى أن الماشي في الطريق لا يكون صامتا لما ليس في وسعه الامتناع منه بخلاف الجالس والمائم في الطريق؟

(٤) وفي المبسوط ج ٢٧ ص ٢٨: وروي عن أبي يوسف ومحمد أن العاقلة لا تعقل نفس العبد، وهو قول ابن أبي ليلى. واستدل فيه بقوله عليه السلام: «لا تعقل العاقلة عبداً ولا عدلاً» والمراد أن نفس العبد لا تعقلها العاقلة وهذا لأن العبد يجل للتملك بالعقد فما يجب من انصاف بالإنسان يكون على المتلف في ماله كسائر الأموال وحجبا في ذلك أن القيمة الواجبة بالإنسان نفس العبد بمرلة الدابة الواجبة بالإنسان نفس الحر، وذلك على لما قلناه مؤجلا في ثلاث سير. وهذا مثله، وهذا لأن معنى النفسية لا يدخل تحت القهر فلا يساؤها الملك بل العبد فيه بمرله =

* رواه ابن أبي شيبة (٤٠٥/٥)، وعبد الرزاق (٤١٠/٩)، والبيهقي (١٠٤/٨، ١٠٨)، والسنن (١٧٨/٢). راجع: الدرر (٢٨٠/٢)، والتلخيص (٣٣/٤). وصحب الرتبة (٤) (٣٩٩، ٢٧٩).

باب السرقة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أقر الرجل بالسرقة مرة واحدة والسرقة تساوي عشرة دراهم فصاعداً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: أقطعه، ويقول: وإن لم أقطعه جعلته عبداً دينا ولا قطع في الدين. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقطعه حتى يقر مرتين. وهذا يأخذ ثم رجع إلى قول أبي حنيفة ^(١).

وإن كان المسروق منه غائباً، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا أقطعه وهذا يأخذ. وكان

آخر، ألا ترى أنه يتعلق القصاص بقتله عمداً كما يتعلق بقتل سحر؟ وكذلك الكفارة في الخطأ ولا مدخل لنفساص ولا كفارة في ضمان الأموال، نعرف أن المال واجب ههنا بالنسب بخلاف القياس، لأن المال لا يكون مثلاً لما ليس بمال، وما لا يكون مملوكاً من الأدمي لا يكون مالاً، وإنما وجوب المال بقوله تعالى: ﴿وَدَيْنٌ مُنَظَّمَةٌ﴾ إلا أن هذه الدية في حق العبد القيمة وفي حق الحر مائة من الإبل كما به الشروع، والدية تجب على العاقلة مؤجلة في ثلاث سنين في حالة الخطأ، وهذا المعنى خالف النفس ما دون النفس لأن ما دون النفس لا مدخل فيه للكفارة والقصاص وتأويل الأحاديث أن العاقلة لا تغفل بحماية العبد على نفس العبد. وبه نقول. ثم الواجب بالجناية على نفس المملوك قيمته، قلت قيمته أو كثرت، غير أنها لا تراد على دية الحر ولا تنقص عن عشرة آلاف إلا عشرة دراهم إذا كان العبد كبير القيمة في قول علمائنا رحمهم الله الخ.

(١) وفي المسوسط ج ٩ ص ١٨٢ وإذا أقر السارق بالسرقة مرة واحدة قطعت يده في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: لا يقطع ما لم يقر مرتين، وكذلك الخلاف في الإقرار بشرب الخمر، وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة. وحججهما ما روي عن علي رحمه الله أن رجلاً أقر بالسرقة عنده مرتين ففقطعه يده. وهذا لأنه حد لله تعالى فيعتبر عدد الإقرار فيه بعدد الشهادة كحد الربا، ولهذا روي عن أبي يوسف أنه شرط لإقرارين في مجلسين مختلفين، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى استدلا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتى بسارق فقال: «أسرقت؟ ما إخاله سرق». فقال: سرقته، فأمر بقطعه ولم يشترط عدد الإقرار فيه، ولأن ما ثبت بشهادة شاهدين من العقوبات يثبت بإقرار واحد كالقصاص. وقد يبا أن الرنة مخصوص من بين نظائره. وفي الكتاب عجل فقال: لو لم أقطعه في المرة الأولى لم أقطعه في المرة الثانية لأن المال صار ديناً عليه بالإقرار الأول فهو بالإقرار الثاني يريد إسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون منهياً في ذلك، وإن كان المال قائماً به رددته بعد الإقرار الأول قبل الإقرار الثاني فكيف يلزمه انقطاع بالإقرار لعدم رد المال؟ ألا ترى أن الشهادة لا يلزمه انقطاع بعد رد المال؟ بالإقرار أولى وإن رجع قبل أن يقطع درئ القطع لأنه ليس ههنا من يرد جحوده إذ القطع من حو الله تعالى فيحقق التعارض بين الخبرين. فأما في حق المال لا يصح رجوعه لأن السرقة منه بكده في الرجوع والمال حقه.

ابن أبي ليلى يقول: أقطعه إذا أقر مرتين وإن كان المسروق منه غائباً^(١)
قال: وإن كانت السرقة تساوي خمسة دراهم، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا
قطع فيها، بلغنا عن رسول الله ﷺ^(٢)...

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٤٢: وعندما لابد من حصر المسروق منه في الإقرار والشهادة جينا
عند الأداء وعند القطع، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق
مملوكاً لغير السارق فإذا قطع قبل حصوره كان استيفاء الحد مع الشبهة جوار أن يرد إقراره
ببقي المال مملوكاً لمن في يده، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان صيماً
عده. ولا يعتبر بحصور وكيله عند الاستيلاء لأن الوكيل قائم مقامه، وشرط الحد لا يستلزم
هو قائم مقام الغير. وإذا حصر المسروق منه والشاهدان عاتبان لم يقطع حتى يحصر في قول أبي
حنيفة الأول، وفي قوله الآخر وهو قول أبي يوسف وعبد يقطع، وكذلك بعد موت الشهود.
قلت: تفصيل المسألة في المبسوط. ومن شاء فليراجعه. وفي ص ١٨٨ منه: فإن أقر بالسرقة
والمسروق منه غائب ففي القياس يقطع وهو رواية عن أبي يوسف، لأنه أقر بوجود أحد عليه
حقاً لله تعالى فيستوفيه الإمام منه وفي الاستحسان لا يقطع لشبهة فإن المسروق منه إذا حصر
ربما يكذبه في الإقرار وقد بيا.

(٢) قلت: أخرج أبو يوسف في حراجه عن هشام بن عروة عن أبيه: كان السارق في عهد رسول الله
ﷺ يقطع في شن الحن، وكان للمجس يومئذ شن، ولا يقطع في الشيء النافع. وروى عن هشام
عن عروة عن عائشة: لم يكن يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء النافع. روى الطبراني عن
محمد بن بوح بن حرب عن خالد بن مهران عن أبي مطيع التلمحي عن أبي حنيفة عن أنس بن مالك
عن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يقطع إلا في عشرة دراهم».
وأخرجه الحارثي من طريق أبي مطيع وخلف بن ياسين وابن المظفر من طريق خلف كلاهما عن
الإمام بالسند المذكور ولم يقطعه: «كان يقطع اليد على عهد رسول الله ﷺ في عشرة دراهم». رواه
محمد في الأصل عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه لا يقطع اليد إلا في شن الحن وهو يومئذ
يساوي عشرة دراهم. وأخرجه النسائي والطحاوي والحاكم والطبراني عن محمد بن أيمن رحمه:
«لا يقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم». وأخرجه أبو داود عن ابن عباس أن النبي ﷺ قطع يد
رجل في خمس نيسه دينار أو عشرة دراهم. وأخرجه الطحاوي والنسائي والحاكم أيضاً عنه،
ولم يقطعه: كان قيمة الحن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ عشرة دراهم. ورواه النسائي وابن أبي شيبة
عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نحوه. وأخرج أحمد والدارقطني من هذا الوجه بلعظ: «لا
يقطع السارق في أقل من عشرة دراهم». وأما قول علي فقال أبو يوسف في حراجه بعد نقل
قول ابن مسعود: وقد بلغنا نحو من ذلك عن عبيد الله. وقال البيهقي عن الشافعي: رواه
الزعافري عن الشعبي عن علي عليه السلام. قال الحافظ علاء الدين في الجوهر النقي: روى عبد الرزاق
عن الحسن بن عماره عن الحكم عن يحيى بن الجرار عن علي قال: «لا يقطع الكف في أقل من
دينار أو عشرة دراهم» وأخرجه البيهقي عن جعفر بن محمد بن مروان عن عاصم قال: أظنه ابن
عمر عن إسماعيل عن جوير عن الصحاح عن الرمال عن عبيد الله قال: «لا يقطع اليد إلا في
عشرة دراهم، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم» قال: هذا إسناد يجمع مجهولين وضعفاء.

وعن علي وعن ابن مسعود رضي الله عنهما أنهم قالوا: لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم وبهذا يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقطع اليد في خمسة دراهم ولا تقطع في دوسها^(١).

وأما قول ابن مسعود فأخرجه محمد في تثاره عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عنه. وأخرجه أبو يوسف في خراجه عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الله. وأخرجه عبد الرزاق والطبراني بحره بإساده. قلت: وروى عن ابن عباس أيضاً قوله: أخرجه أبو يوسف في الخراج عن ابن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عنه. وروى ابن أبي شيبة عن يحيى بن زيد وغيره عن الثوري عن عطية بن عبد الرحمن عن القاسم بن عبد الرحمن قال: أتني عمر بن الخطاب برجل سرق ثوباً فقل لعثمان: قوم، فقومه فثانته دراهم فلم يقطعه.

قال القاري في شرح المختصر: وهذا يدل على انقاس م في الصحيحين •

(١) وفي المسوط ج ٩ ص ١٣٧: وعلمناؤنا رحمهم الله استدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم» وعن ابن مسعود بك مرفوعاً ومرفوعاً: «لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم» وهكذا عن علي عليه السلام. وفي الحديث المعروف: «لا مهر أقل من عشرة دراهم» وعن أبي أيمن (كذا) وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن المهر الذي قطعت اليد فيه على عهد رسول الله ﷺ كان يساوي عشرة دراهم والرجوع إلى قولهم أولى، لأنهم من جهة المرأة فكانوا أعرف بقيمة السلاح من عمرهم، وليس هذا من جملة ما قال إن الأخذ بالأقل أولى، لأن في قيمة المسروق إما يؤخذ بالأقل لدرء الحد وذلك يوجب أن يؤخذ بالأكثر ههنا، لأن معنى درء الحد فيه وقد روي أن عمر عليه السلام سارق سرق ثوباً فأمر بقطعه يده. قال عثمان عليه السلام: إن سرقته لا تساوي عشرة دراهم، فأمر بتقويمه فقوم بشمالية دراهم فدرأ الحد عنه، فدل أنه كان ظاهراً معروفاً فيما بينهم أن النصاب يتقدر بعشرة دراهم، ويعتبر بنصاب الحد بنصاب المهر. وقد قامت الدلالة لنا على أن ثمانية عشرة دراهم، والمستحق بكل واحد منهما ما له خطر وهو مضمون عن الابتال ولا يستحق إلا حال الخطر. والحديث الذي رواه عن عائشة رضي الله عنها اضطرب أهل الحديث فيه، وأكثرهم على أنه غير مرفوع إلى رسول الله ﷺ حتى كان القاسم بن عبد الرحمن إذا سمع من يروي هذا الحديث مرفوعاً رماه بالحجارة. والدليل عليه ما اشتهر من قول عائشة رضي الله عنها كانت اليد لا تقطع في الشيء الثامه وكانت تقطع في شيء الجس، فلو كان عندها نص لما شتمت هذا الخبر أنسبهم، ثم يحتمل أنه كان التقدير بربع دينار في الإبداء ثم انسخ ذلك بعشرة دراهم ليكون النسخ أخف من المسوخ. قال الله جل وعلا: ﴿مَا تَنَسَخَ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُسِهَا سَأَلْتُ بِخَيْرِهَا وَأُتِيَ مِنْهَا﴾

• الدراية (١٠٧/٢)، وخلاصة البدر المسير (٣١٨/٢)، نصب الرأية (٣٥٥/٣، ٣٥٩، ٣٦٠)، وشرح معاني الآثار (١٦٦/٣)، والبيهقي (٢٦٩/٨)، والفتح (١٠٣/١٢).

قال: وإذا شهد الشاهدان على رجل بالسرقة والمسروق منه غائب، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أقبل الشهادة والمسروق منه غائب، أرايت لو قال: لم يسرق مني شيء أكنت أقطع السارق؟ وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل الشهادة عليه وأقطع السارق ^(١).

قال: وإذا اعترف الرجل بالسرقة مرتين وبالنزاع أربع مرات ثم أكر بعد ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يدرأ عنه الحد فيهما جميعاً وبضمه السرقة. وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اعترف عبده ماعز بن مالك رضي الله عنه وأمر به أن يرجم هرب حين أصابته الحجارة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(٢) «هلا خليتكم سبيلاً!» حدثنا بذلك أبو حنيفة ^(٣) يرفعه

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٤٢: وإن شهد شاهدان على رجل بالسرقة سراً عن ماهيتها وكيفيةها، وإذا بيوا جميع ذلك والقاضي لا يعرف الشاهدين حسه حتى يسأل عبهما، فإن ركباً وقيمة المسروق بصاب كامل والمسروق منه غائب لم يقطع إلا بحضرته. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا حاجة إلى حصره المسروق منه وتقبل الشهادة على السرقة وحسبه كالتزنا لأن المستحق بكل واحد منهما حد هو خالص حتى الله تعالى. إلى أن قال: وعدنا لابد من حصره المسروق منه في الإقرار والشهادة جميعاً عند الأداء وعند القطع، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكاً لغير السارق، فإذا قطع قبل حصره كان استيفاء الحد مع النسبة لجواز أن يرد إقراره بغير المال مملوكاً لغيره، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان صعباً عبده. ولا معتبر بحصور وكيفية عند الاستيفاء، لأن الوكيل لائق بمقدمه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير.

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٩١: وإن أقر الرجل بالسرقة ثم هرب لم يطلب وإن كان في موره ذلك، لأن هربه دليل رجوعه. ولو رجع عن الإقرار لم يقطع، فكذلك إذا هرب. والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لساعر حين أخبر بالحرب فقال: «هلا خليتكم سبيلاً؟» ولكنه إذا أتى بعد ذلك كان صاماً للمال، كما لو رجع عن إقراره، فإنه يسقط القطع به دون الصمان. وقال في الحدود ج ٩ ص ٩٤: فإن أمر برجه مرجع عن قوله درئ الحد عنه عدنا. وقال ابن أبي ليلى: لا يدرأ عنه أحد برجوعه، وكذلك الخلاف في كل حد هو خالص حتى الله تعالى، واعتبر هذا الإقرار بغير حقوق مما لا يدرئ بالشبهات أو يدرئ بالشبهات كالتقصاص وحد القذف، فالرجوع عن الإقرار باطل في هذا كله. وحجتنا فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لقن المقر بالسرقة الرجوع، فلو لم يصح رجوعه لما لقنه ذلك، فقد روي أن ماعراً رضي الله عنه لما هرب أطلق المسلمون في أثره مرجوعه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «هلا خليتكم سبيلاً!» ولأن الرجوع بعد الإقرار إما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدفه في الإقرار ويكذبه في الرجوع، وذلك غير موجود فيما هو خالص حتى الله تعالى فيتعارض كلاماه الإقرار والرجوع، وكل واحد منهما متمثل بين الصدق والكذب والنسبة تثبت بالمعارضة.

(٣) رواه أبو يوسف عنه في كتاب الآثار عن علفمة بن مرتد عن ابن بريذة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم وأخرجه البخاري في مسنده عن طريق أبي يوسف وابن المبارك وأسد وغيرهم بسنده المذكور.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٤٩٣
إلى أبي إسحاق. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل رجوعه فيهما جمعا وأقصى
عليه الحد.

قال: وإذا دخل الرجل من أهل الحرب إلى بلاد مأمون فسرقت عنده سرقة، فإن أبا
حنيفة عليه السلام كان يقول: يصمن السرقة ولا يقطع، لأنه لم يأخذ الأمان لتحرير عبده
الأحكام^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: تقطع يده. وبه يأخذ. ثم رجع إلى قول أبي حنيفة
رضي الله عنهما.

باب القضاء

قال أبو يوسف عليه السلام: وإذا أتت القضي في ديوانه الإقرار وشهادة الشهود ثم رجع
إليه ذلك وهو لا يذكره، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا ينبغي له أن يجيزه. وكان ابن
أبي ليلى يجيز ذلك. وبه يأخذ^(٢). قال أبو حنيفة عليه السلام: إن كان يذكره ولم يشتهه أحد

والحديث أخرجه الأئمة البخاري وغيره. وقد ذكر قبل ذلك.

(١) وفي المسوط ج ٩ ص ١٧٨: وإن سرق الحربي المستأن في دار الإسلام لم يقطع وهو صامس إلا
على قول أبي يوسف وابن أبي ليلى فإنهما يقولان يقطع ولا صامس عليه، وقد بينا نظيره في كتاب
الحدود. وقال في الحدود ص ٥٥ م: وإذا رزى الحربي بالسلطة أو الذمية فعليه الحد ولا حد
عليه في قول أبي حنيفة، وقال محمد: لا حد على واحد منهما، وهو قول أبي يوسف الأول ثم
رجع وقال: بحدان جميعاً، أما المستأن فحد أبي حنيفة ومحمد لا تقام عليه الحدود التي هي لله
تعالى حالاً كحد الربا والسرقة وقطع الطريق، وفي قول أبي يوسف الآخر والشامي بقاء الحد
عليه كما يقام على الذمي لأنه ما دام في دارنا فهو ملتزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات
كالذمي. إلى أن قال: ورحمنا في ذلك قوله تعالى: ﴿أَتْلَعَهُ مُرْسُهُ﴾ فتبلغ المستأن ماله
واجب بهذا البص حقاً لله تعالى، وفي إقامة الحد عليه تفويت ذلك، ولا يجوز استيفاء حقوق الله
تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله. والمعنى أن المستأن ما التزم شيئاً من حقوق
الله تعالى وإنما دخل تاجراً ليعاملنا ثم يرجع إلى داره، ألا ترى أنه لا يصح من الرجوع إلى دار
الحرب؟ ولو كان ملتزماً شيئاً من حقوق الله تعالى يصح من ذلك كالذمي، وهذا لأن معه من أن
يعود حربياً للمسلمين بعد ما حصل في أيديهم حق الله تعالى إلخ. وزيادة التنصيص في المسوط.

(٢) وهو قول محمد أيضاً. وفي المسوط ج ١٦ ص ٩٢: وإذا وجد العاصي في ديوانه صحيفة فيها
شهادة شهود لا يحفظ أهم شهدوا عليه بذلك، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله أن يتذكر في ذلك
حتى يتذكر، وليس له أن يقضي بذلك إن لم يتذكر. وعبد أبي يوسف ومحمد إذا وجد ذلك في
لمطره تحت حاضه فعليه أن يقضي به وإن لم يتذكر. وهذا مهما نوع رخصة، فالتعاصي بكثرة
اشتغاله يحجر أن يحفظ كل حادثة، ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له أن
يعتمد على الكتاب عند السياح فإن الأدمي ليس في وسعه التحرر عن التسيان. إلى أن قال
ومذهب أبي حنيفة هو العربية، فالمقصود من الكتاب أن يتذكر إذا نظر فيه لأن الكتاب يُقْبَلُ

أجازه، وبه نأخذ، وكان ابن أبي ليلي يقول: لا يجيزه حتى يشته عبده، وإن ذكره.
قال: وإذا جاء رجل بكتاب قاض إلى قاض والقاضي لا يعرف كتابه ولا خاتمه، فإن
أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يسغي للقاضي الذي أنه الكتاب أن يقبله حتى يشهد شاهد
عدل على ختم القاضي وعلى ما في الكتاب كله إذا قرئ عليه، عرف القاضي الكتاب
والخاتم أو لم يعرفه، ولا يقبله إلا بشاهدين على ما وصفت، لأنه حق، وهو مثل شهادة
على شهادة. وقال: لا يقبل الكتاب حتى يشهد الشهود أنه قرأه عليهم وأعطاه نسخة معهم
يحضرونها هذا القاضي مع كتاب القاضي. وبه نأخذ، ثم رجع أبو يوسف ^(١)، وكان ابن أبي
ليلى يقول: إذا شهدوا على خاتم القاضي قبل ذلك منهم، وبه نأخذ ^(٢).
قال: وإذا قال الخصم للقاضي: لا أقر ولا أنكر، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا
أجبره على ذلك ولكنه يدعو المدعي بشهوده. قال: وكان ابن أبي ليلي لا يدعه حتى يقر أو
ينكر. وكان أبو يوسف إذا سكت يقول له: احلف مراراً، فإن لم يحلف قضى عليه ^(٣).

كالمرأة للعين، وإنما تعتبر المرأة ليحصل الإدراك بالعين، فإذا لم يحصل كان وجوده كعدمه،
مكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه، فإذا لم يذكر كان وجوده كعدمه، وهذا لأن
الكتاب قد يزور ويمتعل به ويخط يشبه الخط، والخاتم يشبه الخاتم، وليس للقاضي أن يقضي إلا
بعلم، وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه.
(١) قلت: وقول محمد في المسألة مثل قول الإمام، صرحه في الهداية. قال السرخسي في المبسوط ج
١٦ ص ٩٥: فإذا أتى القاضي كتاب قاص سأل الذي جاء به البينة على أنه كتابه وخاتمه، لأنه
عاب عن القاضي علمه فلا يشت إلا شهادة شاهدين ثم يقرأه عليهم ويشهدون على ما فيه.
فمن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن علم الشهود بما في الكتاب شرط لجواز الفضاء بذلك، وهو
قول أبي يوسف الأول ثم رجع فقال: إذا شهدوا أنه خاتمه وكتاب قله وإن لم يعرف ما فيه، وهو
قول ابن أبي ليلي رحمه الله، لأن كتاب القاضي إلى القاضي قد يستعمل على شيء لا يعجبها أن
يقف عليه غيره. ولهذا يختم الكتاب. ومعنى الاحتياط يحصل إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه،
ولكننا نقول: ما هو المقصود لابد من أن يكون معيولاً للشاهد، والمقصود ما في الكتاب لا عين
الكتاب والختم، وكتب الخصومات لا يستعمل على شيء سوى الخصومة فالتفسير يطلب كتاباً آخر
على حدة، فأما ما يعث على يد الخصم لا يشتمل إلا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة.
(٢) قلت: وهذا قول أبي يوسف الآخر.

(٣) وفي المبسوط قال أبو يوسف ومحمد، يستحقه على حق المدعي ويجبره أنه يلزمه الفضاء. إن لم
يحلف، فإن لم يحلف قضى عليه بالنكول، وإن حلف دعا المدعي شهوده، فبما يجعلان
سكوته أيضاً بمنزلة إنكاره، إلا أن على قولهما إذا طلب المدعي يمين المدعي عليه استحلفه
القاضي. قال: وقال ابن أبي ليلي: لا أدعه حتى يقر أو ينكر، لأن الجواب مسحق عليه، فإذا
امتنع من إتياء ما هو مستحق عليه مع قدرته على ذلك أجبره القاضي على إتيائه بالحس. ثم

قال: وإذا أنكر الخصم الدعوى ثم جاء بشهادة الشهود على المخرح منه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: أقبل ذلك منه، وهذا تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل منه بعد الإنكار عرجاً^(١). وتفسير ذلك أن الرجل يدعي قبل الرجل الدين فيقول: ما له قسبي شيء، فيقيم الطالب البيعة على ماله وقيم الآخر البيعة أنه قد أوفاه إياه. قال أبو حنيفة: المطلوب صادق بما قال: ليس قبلي شيء، وليس قوله هذا با كذاب لشهوده على البراءة. قال: وإذا ادعى رجل قبل رجل دعوى، فقال: عندي المخرح، فإن أبا حنيفة يثبت كان يقول: ليس هذا عندي بإقرار إما يقول: عندي البراءة، وقد تكون عنده البراءة من الحق ومن الناظر. وهذا تأخذ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا إقرار فإن جاء بمخرح وإلا أزمه الدعوى^(٢) وأبو حنيفة يقول: إن لم يأت بالمخرح لم تزمه الدعوى إلا بيينة.

شرط قبول البيعة إنكار المدعي عليه فلا بد أن يجهره القاضي حتى يجب بالإقرار فيتصل به المدعي إلى حقه، أو بالإقرار فيتمكن من إثبات حقه بالبيعة. ولكنا نقول: الإنكار حق فمكبر، لأنه يدفع به المدعي عن نفسه ويثبت به حق نفسه فلا يجوز أن يجهر على الإتيان به، ثم السكوت قائم مقام الإنكار، لأن النكر مانع والسكوت كذلك، والإنكار مازعة بالقول وفي السكوت مازعة بالفعل وهو الامتناع عن التسلم ومن الجواب بعد ما طوّل به فيكون ذلك قائماً مقام إنكاره، ويتمكن المدعي من إثبات حقه بالبيعة عند ذلك.

(١) قال في المبسوط: فابن أبي ليلى يقول: هو ماقض في دعواه الإبقاء بعد إنكاره أصل المال خصوصاً إذا قال: ما كان له علي شيء قط، وقول البيعة يثبت على دعوى صحيحة، ومع التناقض لا تصح الدعوى، ألا ترى أنه لو قال: ما كان له علي شيء قط ولا أعرفه لم تفل منه البيعة على الإبقاء بعد ذلك لهذا المعنى؟ ولكنا نقول: دعواه الإبقاء بعد حجوم أصل المال دعوى صحيحة إما باعتبار أنه لا شيء عليه في الحال أو أنه لم يكن عليه شيء قط لكنه ادعى مرة هذه الدعوى الباطلة واستولى المال بها، فإذا كانت الدعوى صحيحة بهذا الطريق من التوثق كان متمكناً من إثباتها بالبيعة، ثم التمسك بالبيعة كالثابت بإقرار الخصم، بخلاف ما إذا قال: ما كان له شيء قط ولا أعرفه، لأن مع ذلك الريادة في الإنكار متعذر التوثق بين كلاميه من الوجه الذي قلنا.

(٢) وفي المبسوط: لأن المخرح منها إنما يتحقق بعد الدخول فيها فكان هذا وقوله: أزمه الدعوى أو أبرأه منها سواء، وذلك إقرار بأصل المال، ولكنا نقول: هو ادعى المخرح من دعواه لا من أصله فلا يكون ذلك إقراراً بالمال صريحاً ولا دلالة. وهكذا نقول في الإبراء، فإنه لو قال أبرأه من هذه الدعوى لا يكون ذلك إقراراً بالمال، ثم المخرح من الدعوى ببيان وجه الفساد فيه، ووجه الفساد غير متعين، قد يكون ذلك ببيان أنه ما كان واجباً قط، وقد يكون ذلك ببيان انقضاء بعد الوجوب، ومع الاحتمال لا يجب المال.

قال: وإذا أقر الرجل عند القاضي بشيء فلم يقص به القاضي عليه ولم يشبهه في ديوانه ثم خاصمه إليه فيه بعد ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله قال: إذا ذكر القاضي ذلك أمصاه عليه. وهذا تأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يمضي ذلك عليه وإن كان ذاكرًا له حتى يشبهه في ديوانه ^(٢).

باب الفرية

قال أبو يوسف: وإذا قال رجل لرجل من العرب: يا نبطي أو لست من بني فلان لقبيلة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا حد عليه في ذلك وإنما قوله هذا مثل قوله يا كوفي يا بصري يا شامي ^(٣). حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما بذلك ^(٤) وأما قوله: لست من بني فلان، فهو صادق ليس هو من ولد فلان لصله وإنما هو من ولد الولدان، القذف ههنا إما وقع على أهل اشرك الذين كانوا في الجاهلية ^(٥). وهذا تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: فيهما جميعًا الحد.

قال: وإذا قال الرجل لرجل: لست ابن فلان ^(٦) وأمه أمة أو نصرانية وأبوه مسلم،

(١) قلت: هو قول الكل - أفاده السرخسي بقوله: عندنا.

(٢) وفي المسوط: والقياس ما قلنا، لأن القاضي حين سمع إقراره بذلك كان القاضي يذكر ذلك، والمقصود من الإنصات في ديوانه أن يتذكر ذلك بالنظر فيه عند الحاجة فإذا كان ذاكرًا بما هو المقصود حاصل. ولكن استحسنت ابن أبي ليلى رحمه الله وقال القاضي لكثرة اشتغاله ربما يشبهه عليه ذلك، ولها يشبهه في ديوانه ليرجع إليه فيسفي له الشهود، فإذا لم يشبهه في ديوانه لو قضى به كان قصاص مع شركن الشبهة وربما ينسب به إلى الميل، فعليه أن يحتاط في ذلك ولا يقضي بمجرد كونه ذاكرًا حتى يشبهه في ديوانه.

(٣) ولا حد عليه عند الإمام، لأنه لا يراد بهذا اللفظ القذف، ألا ترى أن الرجل يقول للآخر: أنت رستاقى أو خراساني أو كوفي ولا يريد بشيء من ذلك القذف؟ ومذهبنا مروى عن ابن عباس أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطي فقال: لا حد عليه - كما في المسوط ج ٩ ص ١٢٣.

(٤) لم ألق على مخرجه، تتبع الكتب الموجودة عدي فلم أحده فيه.

(٥) وفي المسوط ج ٩ ص ١٢٣: وإن قال لرجل: لست من بني فلان لقبيلة لا يحد، لأنه صادق، فإن بني فلان حقيقة أولاده لصبه وهو ليس منهم ولأنه لو كان هذا قذفًا وإنما يكون قذفًا لامرأة من تنسب إليه القبيلة وهي كانت كافرة غير محصنة، وهو نظير ما لو قال له: جدك ران أو جدتك رانية فإنه لا يكون قذفًا لهذا، لأن في أجداده وجده من هو كافر، فإذا لم يعر مسلمًا لا يكون قذفًا محصنًا بخلاف ما لو قال: أنت ابن الرانية لأنه بهذا اللفظ قاذف لأنه الأدنى وهي كانت محصنة فعليه الحد.

(٦) في المسوط: لست من بني فلان.

فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا حد على القاذف إنما وقع القذف ههنا على الأم ولا حد على قاذفها، وبه يأخذ ^(١)، وكان ابن أبي ليلى يقول في ذلك: عليه الحد.

قال: وإذا قذف رجل رجلاً فقال: يا ابن الرائيين وقد مات الأبوان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إنما عليه حد واحد لأنها كلمة واحدة. وهذا يأخذ ^(٢)، إن مرق القول أو جمعه فهو سواء وعليه حد واحد. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه حدان ويضربه الحدين في مقام واحد وقد فعل ذلك في المسجد ^(٣) وإذا قال الرجل للرجل: يا ابن الرائيين أو قالت المرأة للرجل: يا ابن الرائيين والأبوان حيان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إذا كانا حيين

(١) وفي السبوط: وهذا بناء على الأصل الذي بيناه في كتاب الحدود أن قوله: لست من بني ملان يكون قدماً لأمه عبدنا، فإذا كانت أمه أمة أو نصرانية فهي غير محصنة وقذف غير المحصنة لا يوجب الحد. وعبد ابن أبي ليلى هذا قذف في نفسه، لأنه يلحقه العار بكونه ولد الرما كما يلحقه العار بنسبته إلى الزنا فكما أنه لو نسبته إلى الرما يكون قاذفاً له فكذلك إذا نكح أمه من أبيه يكون قاذفاً له وهو محصن في نفسه فعلى قاذفه الحد، لأنه قذف أمه بهذا فإن الولد من الزنا لا يكون ثابت النسب من أبيه، فأما الوحد إذا لم يكن زناً يكون مثقاً للنسب، فعرفاً أن هذا اللفظ قذف أمه فإذا كانت حرة مسلمة فعليه الحد. وفي القياس لا حد عليه، لأنه لا يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه من غير أن يكون الأم زانية بأن كانت موطوعة بشبهة ولدت في عده الوطء، ولكم تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه حيث قال: «لا حد إلا في قذف محصنة أو نكح رجل من أبيه» ولأما إذا وطئت بلشبهة فولدها يكون ثابت النسب من إسماء وإنما لا يكون الولد ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية، فعرفاً أنه بهذا اللفظ قاذف أمه.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسي بقوله: عندنا قال السرخسي لأن المقلب في حد القذف عندنا حتى الله تعالى فعند الاجتماع يداخل والمقصود يحصل بإقامة حد واحد، وهو معنى الرجر للقاذف ودفع العار عن المقذوف. وعبد ابن أبي ليلى يصرب حدين لأن عده المقلب في حد القذف حق العبد.

(٣) قال السرخسي: وهذه هي المسألة التي قال أبو حنيفة رحمه الله فيها: إن القاصي أخطأ فبها في سبع مواضع، فإن محتوثة كانت بالكوفة أذاها رجل فقلت به: يا ابن الرائيين، فأني بها إلى ابن أبي ليلى فاعترفت فأقام عليها حدين، فذكر ذلك لأبي حنيفة فقال: أخطأ في سبع مواضع، ثم فسّر ذلك فقال: بنى الحكم على إقرار المعتوثة وإقرارها هدر. وأرهمها الحد والمعتوثة ليست من أهل العقوبة، وأقام عليها حدين ومن قذف جماعة لا يقام عليه إلا حد واحد، وأقام حدين معاً ومن اجتمع عليه حدان لا يرأى بينهما ولكن يصرب أحدهما ثم يترك حتى يرأى ثم يقام الآخر، وأقام الحد في المسجد وليس للإمام أن يفيم الحد في المسجد، وصربها قائمة وإنما تصرب المرأة قاعداً، وصربها لا يحصره وليها وإنما يقام الحد على المرأة بحصره وليها حتى إذا انكشف شيء من بدنها في اضطرابها ستر الولي ذلك عليها. فانتشر بالكوفة أن القاصي أخطأ في مسألة واحدة في سبعة مواضع.

بالكوفة لم يكن على قادمهما الحد إلا أن يأتيا بطلبان ذلك^(١) ولا يصرب الرحل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه جميعاً. وبه نأخذ^(٢).
قال: ولا يكون في هذا أبداً إلا حد واحد. وكان ابن أبي ليلى يضرهما جميعاً حدين في مقام واحد ويصرب المرأة قائمة ويضرهما حدين في كلمة واحدة وقيم الحدود في المسجد^(٣) أطى أبي حنيفة^(٤) قال: لا ولا يكون على من قذف بكلمة أو كلمتين أو جماعة أو فرادى إلا حد واحد، فإن أخذه بعضهم وحد له كان لجميع ما قذف. بلغنا عن رسول الله ﷺ^(٥). وبه نأخذ. وقل: لا تقدم الحدود في المساجد.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١١٣: وإن كان العذف حياً غائباً ليس لأحد من هؤلاء. أن يأخذ بحدله عدداً. وقال ابن أبي ليلى: العائب كالمعتك لأن خصومته تتمذرع لبعيته كما هو معتذر بعد موته، ولكنا نقول: يتوب أو يبعث وكيلًا ليخاصم والخصومة باعتبار تناول العرض أصل فما لم يقع اليأس عنه لا يعتبر بالخصومة باعتبار الشين، وفي الميت الخصومة باعتبار تناول العرض مأبوس عنه فيقام الحد بخصومة يلحقه الشين، بخلاف العائب، فإن مات هذا العائب قبل أن يرجع لم يأخذ وليه أبداً عدداً. قلت: وعلل هذه المسألة فقال: وعدت المعلن حتى الله تعالى فلا يورث عملاً بقوله ﷺ «لا يحري الإرث فيما هو من حق الله تعالى» ولأن الإرث خلافه الوارث المورث بعد موته في حقه، والله تعالى يتعالى عن ذلك إلخ. والتفصيل فيه فليراجعه من طلب التفصيل.

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٠١: وكلما أقام عليه حداً حسبه حتى يبرأ ثم أقام الآخر، لأنه إن والى إقامة هذه الحدود ربما يؤدي إلى الإتيان. وقد بينا أنه مأثور بإقامة الحد على وجه يكون زاجراً لا متلفاً، ولكنه يحبس لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فلا يتمكن من إقامة الحد عنه ويصير مصيباً للحد، والإمام منهي عن تصحيح الحد بعد ظهوره عنه، وإن كان محصناً فتنص منه في العين وصربه حد القذف لما فيه من حق العاص ثم رجمه، لأن حد السرقة والشرب محصن حتى الله، ومنى اجتماع الحدود لحق الله وفيها نفس قتل وترك ما سوى ذلك، هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم. والمعنى فيه أن في الحدود الواجبة لله تعالى المصنوع هو الزجر وأنما ما يكون من الزجر باستيلاء النفس والاستيلاء بما دونه اشتغال بما لا يقيد، فلهذا رجمه وحرأ عنه ما سوى ذلك إلا أنه يصمه السرقة لأن لصان قد وجب عليه بالأخذ وإما يسقط لضرورة استيلاء القطع حقا لله ولم يوجد ذلك، فلهذا يصمه السرقة ويأمر بإيفائها من تركته.

(٣) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٠١: ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير لما فيه وهم تنويع المسجد، ولأن الحدود قد يرفع صوته وقد نهي رسول الله ﷺ عن رفع الصوت في المسجد بقوله: «جسوا مساجدكم صياكنم ومجاينكم ورفع أصواتكم» ولكن القاضي يخرج من المسجد إذا أراد إقامة الحد بين يديه كما فعله رسول الله ﷺ في حديث العامدية، أو يبعث أمياً ليقيم بحضرته كما فعله رسول الله ﷺ في ماعز^(٦) قلت: روى البيهقي في سننه عن حكيم بن حزام قال، «نهي رسول الله ﷺ أن يستفاد في المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود» ج ٨ ص ٣٢٨.

(٤) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقطت من الأصل نحو: ذلك أو نحوه أو نحو من ذلك: أو بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ، والله أعلم ولم نخله. وروى ذلك عن إبراهيم النخعي، رواه الإمام محمد في كتاب الآثار، عن الإمام عن حماد عنه.

قال: ومن قذف أبا رجل وأبوه حي لم يحد له حتى يكون الأب الذي يطالب، وإذا مات كان لابن أن يقوم بالحد^(١). وإن كان له عدة بنين فأيهما قام به حد له. وقال أبو حنيفة: لا يصرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه جميعاً ولكنه يقيم عنه أحدهما ثم يحس حتى يحف الصرب ثم يصرب الحد الآخر، وإسا الحدان في شرب وقذف أو زنا وقذف، أو زنا وشرب، فأما قذف كله وشرب كله مراراً^(٢) أو زنا مراراً فإسا عليه حد واحد^(٣).

قل: ولو كان الأبوان المقذوفان حيين كان بمنزلة الميتين في قول ابن أبي ليلى. وأما في قول أبي حنيفة فلا حق للولد حتى يحيى الوالدان أو أحدهما يطلب قده وإسا عليه حد واحد في ذلك كله^(٤).

قال: وإذا قذف الرجل رجلاً ميتاً، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا يأخذ بحد الميت إلا الولد أو الوالد. بهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يأخذ أيضاً الأخ والأخت. وأما غير هؤلاء فلا^(٥).

قال: وإذا قذف الرجل امرأته وشهد عليه الشهود بذلك وهو يجحد فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: إذا رفع إلى الإمام خبره حش حتى يلاعس. وبهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا جحد ضربته الحد ولا أجبره على اللعان منها إذا جحد^(٦).

(١) قلت: وهذه المسألة مكررة في الحفيفة، وليس بينها وبين التي قبلها كثير فرق إلا أن هناك مرضها في لأبوين وهما فرصت في أب.

(٢) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقطت من الأصل أي فعل ذلك مراراً، والله أعلم.

(٣) قلت: أخرج أبو يوسف في خروجه عن الإمام عن حماد عن إبراهيم قال: إذا سرق مراراً فإسا يده واحدة، وإذا شرب الخمر مراراً وقذف مراراً فإسا عليه حد واحد.

(٤) قلت: هذه المسألة مكررة في الحقيقة. قال في المبسوط ج ٩ ص ١٢٥: رجل قال لرجل: يا ابن الرايين فعلية حد واحد، لأنه قدف أباه وأمه ولو كانا حين مخاصمته لم يكن عليه إلا حد واحد فكذلك إذا كانا ميتين فمخاصمته الابن.

(٥) وفي المبسوط ج ٩ ص ١١٢: ثم الخصومة في هذا القذف إلى من ينسب إلى الميت بالولاد أو ينسب إليه الميت بالولاد، ولأنه يلحقهم الشين بذلك وحق الخصومة لنفع العار فمن يلحقه الشين به كان له أن يخاصم بإقامة الحد عليه وليس لأخيه أن يخاصم في ذلك عندما، وعد ابن أبي ليلى أنه ذلك لأن للأخ علفة في حقوقه بعد موته كالولد، ألا ترى أنه في القصص يلحقه؟ فكذلك في حد القذف. ونكنا نقول: الخصومة هنا ليست بطريق الخلافة، فإن حد القذف لا يورث ليعتلف إوارث شورت فيه. وإسا الخصومة لنفع الشين عن نفسه والأخ لا يلحقه الشين بزنا أخيه، لأنه لا ينسب أحد الأخوين إلى صاحبه وإنما نسبة زنا الغير باعتبار نسبه إليه، بخلاف الأبناء والأولاد.

(٦) وفي المبسوط ج ٧ ص ٤٤: وإذا أنكر الروح القذف فأقامت المرأة به المية عليه وجب انعام بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعس ويحد، أما اللعان فلا، الثابت بالبيعة كالثابت بسامع.

باب النكاح

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا تزوج المرأة بغير مهر مسمى فدخل بها، فإن لها مهر مثلها من نساءها، لا وكس ولا شطط. وقال أبو حنيفة رحمه الله: نساؤها أخواتها ونساء عمها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: نساؤها أمها وحالاتها ^(١).

قال: وإذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة ابن أخيه وهو صغير يقيم في حجره، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: النكاح جائز ^(٢) وله اختيار إذا أدرك. وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن

الخصم، ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمسألة إكذابه نفسه بمقام عليه الحد. ولكننا نقول: إنكاره تنقي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه فلعلنا لا نجد. (١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٦٤: نساؤها اللاتي يعتبرن مهورها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كآخواتها وعماتها ونساء أعممها عدا. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى: أمها وقوم أمها كالمخالات ونحو ذلك، لأن المهر قيمة يصنع النساء فحتر فيه قرابتها من النساء. ولكننا نقول: قيمة الشيء لما تعرف بالرجوع إلى قيمة حسه والإنسان من حس قوم أبيه، لا من حس قوم أمه. ألا ترى أن أم قد تكون أمة وأنت تكون قرشية تغا لأبيها؟ فلهذا اعتر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهورها بمهر أمها إلا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحيتقد يعتبر مهورها، لا لأنها بل لأنها بنت عم أبيها، وإنما يعتبر من عشيرتها امرأة هي مثلها في الحس والجمال والسن والمال والكرامة، لأن المهور تختلف باختلاف هذه الأوصاف، قال رحمه الله: «تسبح المرأة لمالها وجمالها» الحديث الخ.

(٢) في المبسوط ج ٤ ص ٢١٥: وحجتنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَقَّقَ أَلَّا يُقْسَطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ الآية معناه في نكاح اليتامى، وإنما يتحقق هذا الكلام إذا كان محور نكاح اليتيم. وقد نقل عن عائشة رضي الله عنها في تأويل الآية أنها برئت في يثيمة تكون في حجر وليها يرع في مالها وجمالها ولا يقسط في صداقها فهو عن نكاحهن حتى يبلغوا سن أعلى سنهن في الصداق. وقالت في تأويل قوله تعالى ﴿يَتَنَمَّى الْوَلَدُ﴾ الآية: لا تؤثرون ما كُتِبَ لهنَّ لهنَّ برئت في يثيمة تكون في حجر ربيها ولا يرع في نكاحها للامتنان ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها فأمر الله تعالى هذه الآية، فأمر الأولياء بتزوج اليتامى أو بترويضهم من غيرهم، فذلك دليل على جواز تزويج اليتيم. وروح رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة رضي الله عنها من عمر بن أبي سلمة رضي الله عنهما وهي صغيرة. والآن في حوار ذلك مشهورة عن عمر وعبيد الله بن مسعود وابن عمر ولهم هروية رضي الله عنهم الخ. والتفصيل فيه من شاء زيادة على هذا فليرجع إليه *.

(٣) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢١٥: فإذا تمت جوار تزويج الأولياء الصغار والصغيرة فلهما اختيار إذا أدركا في قول أبي حنيفة ومحمد. وهو قول ابن عمر ولهم هروية رضي الله عنهم، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال: لا خيار لهما، وهو قول عروة بن الربير =

• انظر: المبسوط (٤/٢١٤)، وشرح فتح القدير (٣/٢٧٥).

أبي ليلى يقول: لا يحوز ذلك عليه حتى يدرك. ثم رجع أبو يوسف وقال: إذا روج علي فلا محار وهو مثل الأب.

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة وامرأة أبيها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو حائز بلعاً ذلك عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أنه فعل ذلك، وبه يأخذ. تزوج عبد الله بن جعفر امرأة علي رضي الله عنهما وابنته جميعاً^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز النكاح. وقال: كل امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً لم يحل لها نكاح صاحبها فلا ينعي للرجل أن يجمع بينهما^(٢).

رضي الله عنهما. قال: لأن هذا عقد عقدًا بولاية مسحقة بالقرابة فلا ينسب فيه خيار النكاح كعقد الأب والجد إلخ، وجه قولهما أنه روجها من هو قاصر الشفقة عليها فإذا ملك أمرها كان لها الخيار كالأمة إذا روجها مولاهما ثم اعتقها. وهذا لأن أصل الشفقة موجود بلولي ولكنه يظهر ذلك عند المتأينة بشفقة الأبناء، وقد ظهر تأثير هذا استئصال حكمها حين أسمع ثبوت الولاية في المال للأولياء، فلا يختار وجود أصل الشفقة بهذه العقد، ولا اعتبار بقصص الشفقة أثبتنا الخيار لأن ثبوت الولاية لكيلا يفوت الكفء الذي خطبها فيكون بمعنى الطهر لها، وإنما يتم النظر بإثبات الخيار حتى يطرأ له بعد النكاح بخلاف الأب فإنه أمر الشفقة تام الولاية فلا حاجة إلى إثبات الخيار في عقده وكذلك في عقد الجد لأنه بمسرة الأب تمت ولايته في المال والمفسر.

(١) رواه البيهقي [١٦٧/٧] من طريق عثمان بن عمر عن يونس عن الزهري قال: أخبرني غير واحد أن عبد الله بن جعفر جمع بين بنت عمي وامرأة علي ثم ماتت بنت علي فتزوج عنيها ستاً لعلي أخرى. قال: وقد رواه ابن أبي ذئب عن عبد الرحمن بن مهزيب عن عبد الله بن جعفر نحوه، ورواه من طريق جرير بن عبد الحميد عن معيرة عن قثم مولى آل العباس قال: جمع عبد الله بن جعفر بين ليلى بنت مسعود البهشلية وكانت امرأة علي رحمه الله وبين أم كنثوم بنت علي لفاطمة رضي الله عنها فكانتا امرأتين وأخرجته ابن سعد من طريق علي بن علي بن السائب أن عبد الله بن جعفر تزوج ليلى امرأة علي وريب بنت علي من غيرها. وأخرجته ابن أبي شيبة من وجه آخر، وعلقه البخاري وأخرجته الدارقطني: ولا بن أبي شيبة أيضاً من طريق عنكرمة بن عثمان أن عبد الله بن صفوان تزوج امرأة رجل من ثقف وابنته. وله عن ابن عتبة عن أيوب سفل ابن جرير عن ذلك فقال: لا بأس به، ثبت أن حيلة كان بمصر فعله. راد الدارقطني له صحبة، وقال البيهقي: وعن أيوب أنه قال: ثبت أن سعد بن فرحان رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين امرأة رجل وابنته من غيرها.*

(٢) وفي المبسوط ج ٢ ص ٢١١، ولا بأس بأن يتزوج الرجل المرأة وست روج قد كان ف من قبل ذلك، يجمع بينهما، لأنه لا قرابة بينهما.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا نظر الرجل إلى فرج المرأة من شهوة، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: تحرم على ابنه وعلى أبيه، وتحرم عليه أمها وانتهى^(١).

وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز ذلك، لأن بنت الزوج لو كان ذكراً لم يكن له أن يتزوج الأخرى، لأنها مسكوة أبيه ولك امرأتين لو كانت إحداهما ذكراً لم تنجر المأكوحة بينهما فالجمع بينهما مكافح لا يجوز كالأختين، ولما نستدل بحديث عبدالله بن جعفر رضي الله عنهما بأنه جمع بين امرأة عتيق رضي الله عنه وابنته، ثم المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما أشبه القرابة في الحرمة كالرضاع، وذلك غير موجود هنا، وما فإبه ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى إنما يعتبر إذا تصور من أحاسين كس في الأختين، وذلك لا يتصور هنا فبن امرأة الأب لو صورها ذكراً جاز له نكاح البنت، فعرفا أنها ليستا كالأختين، ولا بأس بأن يجمع بين امرأتين كانتا عند رجل واحد، لأنه لا قرابة بينهما، كما جاز للأول أن يجمع بينهما فكذا ذلك الثاني، وكذلك لا بأس بأن يتزوج المرأة ويزوج ابنة أمها أو ابنته، فإن محمد بن الحنفية تزوج امرأة زوجها ابنتها من ابنه، وهذا لأن بنكاح الأم تحرم الأم هي عتيق ابنة أمها أو ابنتها تحرم عليه لا على ابنه، فلهذا جاز لابنه أن يتزوج أمها أو ابنتها، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) وفي الميسوط ح ٤ ص ٢٠٨: ولو نظر إلى فرجها بشهوة تثبت به الحرمة عندما استحساناً، وفي انقياس لا تثبت. وهو قول ابن أبي ليبي والشافعي لأن النظر كالتمسك إذ هو غير متصل بها، ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم وإن اتصل به الإنزال؟ ولأن النظر لو كان موجباً للحرمة لاستوى فيه النظر إلى الفرج وغيره كالتمسك عن شهوة، ولكنا تركنا القدس بحديث أم هانئ رضي الله عنها. قلت: قال الجصاص رواه حرير بن عبد الحميد عن الجراح عن أبي هانئ .. وذكر البيهقي أيضاً أن النبي ﷺ قال: «من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابتها» وعن عمر رضي الله عنه أنه جرد جاريه ثم نظر إليها ثم استوهها منه بعض بيته فقال: أما إنها لا تحل لك. وفي الحديث: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابتها» ثم لُطِرَ إلى الفرج بشهوة نوع استمتاع، لأن النظر إلى الحُلِّ إما لجمال الحُلِّ أو للاستمتاع وليس في ذلك الموضع جمال ليكون النظر لمعنى الجمال معرفاً أنه نوع استمتاع كالتمسك، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء، ولأن النظر إلى الفرج لا يحل إلا في المثلث، بمنزلة التمسك عن شهوة، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء. ثم معنى الشهوة المضرة في التمسك والنظر أن تنتشر به الآلة أو يزداد انتشارها. فأما مجرد الاشتهاء بالقلب غير معبر، ألا ترى أن هذا القدر يكون من الشيخ الكبير الذي لا شهوة له؟ والنظر إلى الفرج الذي تتعلق به الحرمة هو النظر إلى الفرج الداخل دون الخارج وإلما يكون ذلك إذا كانت منكئة أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر. ثم حرمة المصاهرة بهذه الأسباب تتعدى إلى آياتها وزاد علواً وأبوانه وإن سفلوا من قبل الرجل والنساء جميعاً وكذلك تتعدى إلى جداتها وإلى بواقيها، لما بينا أن الأجداد والجدات بمنزلة الآباء والأمهات، والواصلات بمنزلة الأولاد فيما تنسب عنده الحرمة، وذلك كله مروى عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى. وعلى هذا إذا جامع الرجل أم امرأته حرمت عليه امرأته، نقل ذلك عن أبي بن كعب رضي الله عنه. وكان المعنى فيه أن الحرمة بسبب المصاهرة مثل الحرمة بالزواج والنسب، وذلك كما يجمع ابتداء الكاح يجمع بقاء الكاح فكذلك هذا يجمع بقاء الكاح كما يجمع ابتداءه.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٥٠٣

بلغنا ذلك عن إبراهيم^(١). وبلغنا عن عمر بن الخطاب^{رضي الله عنه} أنه حله بحدة فحردها وأن ابنه له أسوؤها فقال له: إنها لا تحل لك^(٢). وبلغنا عن عمر بن الخطاب^{رضي الله عنه} أنه قال: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وأنها»^(٣) وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يحرم من ذلك شيء ما لم يلمسه.

قال: وإذا نظر الرجل إلى فرج أمته من شهوة، فإن أبا حنيفة^{رضي الله عنه} كان يقول: لا تحل لأبيه ولا لابنه، ولا تحل له أمها ولا بنتها. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي له حلال حتى يلمسها^(٤).

(١) لم أجد من وصله وروى محمد في آثاره وحججه عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: إذا قبل الرجل أم امرأته أو لمسها من شهوة حرمت عليه امرأته. قال: وبه يأخذ، وهو قول أبي حنيفة. وأخرج في الآثار عنه عن إبراهيم بن محمد بن المنستر عن أبيه عن مسروق قال: يبيعوا جاريتي هذه أما أبي لم أصب منها إلا ما يحرمها علي أبي من لمس أو نظر. قال حماد: وبه يأخذ، إلا أنا لا نرى النظر شيئا إلا أن يطر إلى الفرج بشهوة، فلا ينظر إليه بشهوة حرمت على أبيه وأمه وحرمت عليه أمها وأبها، وهو قول أبي حنيفة. وقال الإمام أبو بكر الخصاص في أحكام القرآن ج ٢ ص ١٢١: وروى حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال: «لا ينظر الله إلى رجل ينظر إلى فرج امرأة وبنتها» قلت: وأخرجه الدارقطني عن حفص بن غيث عن ليث عن حماد. وأخرجه ابن أبي شيبة أيضا بسنده إلى حماد الحديث. وأخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم قوله.

(٢) قال الإمام الخصاص في أحكام القرآن [٣/ ٦٦]: وروى الأوزاعي عن مكحول أن عمر جرد جارية له فسأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك. وروى حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده جرد جارية ثم سأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك، وروى المنشي عن عمرو بن شعيب عن ابن عمر أنه قال: أيما رجل جرد جارية له ينظر إليه منها، يريد ذلك الأمر، فإنها لا تحل لابه. قلت: وحديث عمر^{رضي الله عنه} أخرجه ابن أبي شيبة ومالك كذا في كثر العمال.

(٣) لم أنف على مخرجه. روى محمد في كتاب الحججة على أهل المدينة عن فيس ابن الربيع الأسدي عن أبي حصين عن عيشة بن عبد الرحمن الجمعي قال: مكتوب في التوراة «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وانتها» •

(٤) قلت: هذه المسألة والتي قبلها لا فرق بينهما بل هما منشأان من حيث الرطء. قال في البسوط ج ٤ ص ٢٠٧: كما تثبت حرمة المصاهرة بالوطء تثبت بالمس والتفيل عن شهوة عندا سواء كان في الملك أو في غير الملك. إلى أن قال: ولكننا نستدل بآثار الصحابة رضي الله عنهم. فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «إن جامع الرجل المرأة أو قلب شهوة أو لمس شهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وأمه وحرمت عليه أمها وبنتها» وعن مسروق قال: «يبيعوا جاريتي هذه أما أبي لم أصب منها ما يحرمها علي ولدي من المس وانتها» قلت: وقد مررت الرواية برواية الآثار وبه «إلا ما يحرمها علي ولدي» فلعلي (إلا) سقطت من الأصل، والله أعلم. قال: ولأن المس والتفيل سب يتوصل به إلى الوطء فإنه من ذواعيه =

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا تروح الرجل المرأة بشاهدين من غير أن يروحها ولي والروح كفء لها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: النكاح جائز ^(١) ألا ترى أنها لو رفعت أمرها إلى الحاكم ولم يوليها أن يزوجها كان للحاكم أن يروحها ولا يسعه إلى ذلك ولا يسفي له غيره؟ فكيف يكون ذلك من الحاكم والولي جائرا ولا يجوز ذلك منها وهي قد وصعت نفسها في الكفاءة؟ بلها عن علي ابن أبي طالب رحمه الله أن امرأة زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا الروح إلى علي رحمه الله فأجاز علي النكاح ^(٢). وكان ابن أبي ليلى لا يجيز

ومقدماته بيقام مقامه في إثبات الحرمة كما أن النكاح الذي هو سبب الوطء شرعاً يقام مقامه في إثبات الحرمة إلا فيما استثناه الشرع وهي الربية، وهذا لأن الحرمة تنبني على الاحتياط بيقام السبب الداعي إلى الوطء فيه مقام الوطء احتياطاً وإن لم يشت به سائر الأحكام كما تقام شبهة العصبية بسبب الرضاع مقام حقيقة البعضية في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام.

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ١٠ بعد ما ذكر حديث علي رحمه الله الذي ذكره هنا: وفي هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فروحها جاز النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الروح كفواً جاز النكاح وإلا فلا، ثم رجع فقال: النكاح صحيح سواء كان الروح كفواً لها أو غير كفء، فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفواً لها فلأولياء حق الاعتراض. وفي رواية الحسن إن كان الروح كفواً لها جاز النكاح وإن لم يكن كفواً لها لا يجوز. وكان أبو يوسف أولاً يقول: لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء إذا كان لها ولي ثم رجع وقال: إن كان الروح كفواً لها أو غير كفء لها. وذكر الطحاوي قول أبي يوسف أن الروح إن كان كفواً أمر القاضي الولي بإجارة العقد من أجازها جاز، وإن أبي أن يجيره لم يفسح، ولكن القاضي يحيره فيجوز، وعلى قول محمد يتوقف نكاحها على إجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فإن أجازها الولي جاز وإن أبطله بطل، لا أنه إذا كان الزوج كفواً لها ينبغي للقاضي أن يجدد العقد إذا أبي الولي أن يزوجها منه.

(٢) ذكره بلاغاً، وكذا ذكره محمد في كتاب النكاح، ووصله في كتاب الحجة على أهل المدينة، فرواه عن أبي يوسف عن سليمان بن أبي سليمان يعني أبا إسحاق الشيباني عن أمه عن بحرية ابنة هاني أنها أتت محبت نفسها القعقاع بن المسور فخاصمه أبوها إلى علي بن أبي طالب رحمه الله فأجاز النكاح وقد دخل بها، وروي عن أبي يوسف عن أبي إسحاق الشيباني عن أبي قيس الأودي أن امرأة معه في الدار زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا زوجها إلى علي بن أبي طالب رحمه الله فأجاز النكاح. ورواه البيهقي من طريق أبي معاوية عن أبي إسحاق عن أبي قيس، وفي رواية ساهها سنة من عاتد الله زوجها أمها. وروى الأول من طريق هشيم وأبي عوانة وابن إدريس عن الشيباني عن بحرية بنت هاني بن قبيصة أنها زوجت نفسها من القعقاع بن شور وبات عندها وجاء أبوها فاستعدي علي فقال أدخلت بها؟ قال: نعم، فأجاز النكاح، فقال ابن شور وقال: بحرية عاهرة. وفي الجوهر النقي: وقد جاء من وجه آخر قال ابن أبي شيبة حدثنا ابن فضيل عن أبيه عن الحكم قال: كان علي إذا رفع إليه رجل تروح امرأة بغير ولي مدخل بها أمضاء. فقد روي من وجوه يشهد بعضها بعضها. قلت: ورواه أيضاً محمد في كتاب الحجة عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عنة

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٥٥٥

ذلك^(١). وقال أبو يوسف: وهو موقوف وإن رفع إلى الحاكم وهو كعب أحرث ذلك كأن القاضي مهنا ولي بلمه أن ابنته قد تزوجت فأجاز ذلك.

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة فأعلن المهر وقد كان أسر قبل ذلك مهراً واشهد شهوداً عليه وأعلم الشهود أن المهر الذي يطهره مهر كذا وكذا سمعة يسمع بها القوم وأن أصل المهر هو كذا وكذا الذي في السر ثم تزوج فأعلن الذي قال، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: المهر هو الأول وهو المهر الذي في السر والسمعة باطل الذي أظهر للقوم. وبه يأخذ^(٢).

عن القاسم بن عبد الرحمن في قصة فريمة والمسيب بن نجبة عن عبد الله بن مسعود أنه أجاز قول فريمة في قول ثنت المسيب.

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ١١: وأما من جوز اسكاح بغير ولي استدل بقوله تعالى: ﴿فَلَا حُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْتُمْ بَيْنَ أَيْمُسِهِنَّ﴾ ويقول تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَبْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وقوله تعالى: ﴿أَنْ يَكْتَحِنَ أَوْ حَتَّىٰ﴾ وضاف العقد إليهن في هذا الآيات يدل أنها تلك المباشرة والمراد بالعقل: المنع حبساً بأن يحبسها في بيت ويسمعا من أن تزوج، وهذا خطاب للأرواح فإنه قال في أول الآية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ وبه يقول إن من طلق امرأته وانقصت عنها فليس له أن يسمعا من التزوج بزوج آخر. وأما الأخبار فقوله رحمه الله: «الأم أحق بنفسها من وليها» والأب اسم للمرأة لا زوج لها، بكراً كانت أو ثيباً. وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة، وهو اختيار الكرخي قال: الأم من النساء كالعرب من الرجال، بخلاف ما ذكر محمد أن الأم اسم للثيب. وقد بينا هذا في شرح اجتماع. وقال رحمه الله: «ليس لولي مع الثيب أمر» وحديث الخنساء حيث قالت بين يدي رسول الله ﷺ: لكي أردت أن تعلم المسء أن لس إلى الأباء من أمور بناتهم شيء. وما خطب رسول الله ﷺ أم سلمة رضي الله عنها اعتذرت بأعذار من جملتها أن أولياءها غيب، فقال ﷺ: «ليس في أوليائك من لا يرضى بي، قم يا عمر فروح أمك من رسول الله ﷺ» فخطب به عمر بن أبي سبرة وكان ابن سبع سنين، وعمر عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم جواز السكاح بغير ولي، وأن عائشة رضي الله عنها زوجها ابنة أخيه حفصة بنت عبد الرحمن من أمهم بن الزبير وهو غائب فلما رجع قال: أو مثلي يفتات عليه في بانه؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: أو ترعب عن المنذر؟ والله لتملكته أمرها! وهذا تين أن ما روي من حديث عائشة رضي الله عنها عبر صحيح، فإن أقوى الراوي بخلاف الحديث دليل وهو الحديث، ومدار ذلك الحديث على الرهري، وأكره الرهري وجوز السكاح بغير ولي. ثم هو محمول على الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاهما أو عبي الصغيرة أو على المصونة، وكذلك سائر الأخبار التي روي على هذا حمل أو على بيان الدب أن المسحوب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجها. والتفصيل فيه من شاء زيادة الإطلاع فليرجع إليه فإنه أطال ومصل فأجاد رحمه الله.

(٢) وفي المبسوط ج ٥ ص ٨٧: وإذا تزوجها على مهر في السر وسع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية، وهذا على وجهين. إن كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعافدا في العلانية بأكثر منه فمهر مهر العلانية، لأن تلك المراجعة ما كانت لازمة، وجعل ما عفا عليه في العلانية بمنزلة المراجعة في مهرها

وكان ابن أبي ليلى يقول: السمعة هي المهر والذي أسر باطل. أحبرنا أبو يوسف عن مطرف عن عامر قل: إذا أسر الرجل مهرباً وأعلن أكثر من ذلك أخذ بالعلانية. أحبرنا أبو يوسف عن الحسن بن عمار عن الحكم عن شريح وإبراهيم مثله.

قال: وإذا زوج الرجل ابنته وقد أدركت، فإن أباً حنيفة عليه السلام كان يقول: إذا كرهت ذلك لم يجر الكاح عليها لأنها قد أدركت وملكت أمرها فلا تكرهه على ذلك. بلعاً عن رسول الله ﷺ أنه قال: «البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها»^(١) فلو كانت إذا أكرهت أحبرت على ذلك لم تستأمر. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الكاح حائز عليها

إلا أن يكون أشهد عليه أو على وليها الذي زوجها منه أن المهر هو الذي في السر والعلانية سمعة، لحينئذ المهر ما سمي لها في السر، لأنها في الإشهاد أظهر أن مرادها المهر بلزيادة على مهر السر، والمهر بعض المسمى مانع من الوجوب إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى، فإنه يقول: كما لا يعمل المهر في جانب المنكحة فكذلك في جانب الصدق فيكون مهرها مهر العلانية، فأما إذا تعاقدا في السر بألف وأشهدا أنهم يجددان العقد بألف سمعة فالمهر هو الأول، لأن العقد الثاني بعد الأول لغو، وبالإشهاد علمنا أنها قصدا المهر بما سعى فيه. وإن لم يشهدا في ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب أن المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر.

فالوا: وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الأول، لأن العقد الثاني لغو بما ذكر فيه من الريادة أيضاً يلعو. وعند أبي حنيفة أصل العقد الثاني وإن صار بعداً لم يذكر فيه من الريادة يكون معتبراً بمنزلة من قال لعبد وهو أكبر سنًا منه: هذا ابني فإنه لما دعا صريح كلامه عليهما لم يعتق العبد، وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن دعا صريح كلامه في حكم السب ففي معتبر في حق العتق.

(١) أخرجه إمامنا من طريق أبي يوسف وأسد بن عمرو والحسن بن زياد والحماني وغيرهم عن الإمام عن شيكان بن عبد الرحمن عن يحيى بن أبي كثير عن السهاجر بن عكرمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح البكر حتى تستأمر ورصاها سكوتها، ولا تنكح الثيب حتى تستأذن» وأخرجه طلحة بن محمد عن طريق محمد بن عمرو والمقرئ وحزمة وأسد والحسن وغيرهم، ومن خسرو من طريق المقرئ والأشعري من طريق السنياني والكلاعي من طريق الوهمي عنه. قلت: وأخرجه الإمام محمد بن الحجة عن مالك عن نافع بن جبير عن مطرف عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الأنثى أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» وأخرج حديث ابن عباس مسلم والأربعة. وفي الباب عن علي ومعاذ وأبي ذر والمقداد وأبي مسعود وجابر وعمران والمصور وابن عمرو وأنس وأمهات المؤمنين عائشة وأم سلمة وريب بنت جحش رضي الله عنهم، وأكثرها صحيحة.

* رواه أبو يعين في مسند أبي حنيفة (ص ١٢٦)، والشيبي في الحجة (١٣٤/٣).

** رواه مسلم (١٠٣٧/٢)، والترمذي (٤١٦/٣)، والبخاري (٢٥٥٦/٦)، وأبو داود (٢٣٢/٢)، والسنائي (٨٤/٦، ٨٥)، وانظر: الدرابة (٥٩/٢، ٦٢)، والتلخيص (١٦١/٣)، والمحقق لاس الجوري (٢٥٩/٢).

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة ثم اختلف في المهر فدخل بها وليس بينهما ستة، فإن أبا حنيفة رحمهما الله كان يقول في ذلك: لها مهر مثلها إلا أن يكون ما ادعت أقل من ذلك فيكون لها ما ادعت. وكان ابن أبي ليلى يقول: إنما ما سعى لها الزوج وليس لها شيء غير ذلك. وبه يأخذ (٢). ثم قال أبو يوسف: بعد أن أقر الزوج بما يكون مهر مثلها أو

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٢: وحدثنا في ذلك حديث أبي هريرة وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رد بكاح بكر روجب أبوها وهي كارهة. وفي حديث آخر قال في البكر: «بروحها ولها، فإن سكنت فقد رصيت، وإن أتت لم تكره» وفي رواية فلا يجوز عليها. والدليل عليه حديث الخساء، فإنها جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي روجني من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة، فقال ﷺ: «أجيري ما صنع أبوك» فقالت: ما لي رغبة فيما صنع أبي! فقال ﷺ: «أذهبي فلا بكاح لك ابكحي من شئت» فقالت: أحزرت ما صنع أبي ولكي أردت أن يعلم النساء أن ليس للابناء من أمور بائتهم شيء. ولم يكر عليها رسول الله ﷺ مقاتلتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب، فدل أن الحكم لا يختلف. وفي الحديث المعروف: «البكر ستأمر في نفسها وسكوتها رضاها» يدل أن أصل الرضا منها، والشافعي رحمه الله لا يعمل بهذا الحديث أصلاً، فإنه يقول في حق الأب والجد: لا يشترط رضاها، وفي تزويج غير الأب والجد لا يكتفى بسكوتها.

(٢) وفي المبسوط ج ٥ ص ٦٥: وإذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج ألف، وقالت المرأة ألفاً، معى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها، وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستكر جثاً. وجه قولهما أنها اختلفا في بدل عند لا يحتمل الفسخ بالإقالة فيكون القول قول المكر للزيادة، كما لو اختلفا في بدل الخلع والعق بمال. ولا معنى للمصير إلى تحكيم مهر المثل، لأن وجود مهر المثل عند عدم التسمية، وهذا مع اختلافهما اتفاقاً على أصل المسمى، وذلك مانع وجوب مهر المثل، ولا معنى لالتحالف بينهما، لأن التحالف لمسح العقد بعد تمامه والكاح لا يحتمل هذا النوع من المسح. والدليل عليه أنه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف ما يقوله الزوج، ولا يصار إلى تحكيم النعمة فكذلك في حال قيام العقد، لأن النعمة بعد الطلاق موجب بكاح لا تسمية به كمهر المثل قبله. وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالوا: لصحة الكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه إلا بتسمية صحيحة، فعند الاختلاف في المسمى يجب المصير إلى الموجب الأصلي كالصاع ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر فإنه يصر إلى تحكيم قيمة الصاع لهذا المعنى. وهذا بخلاف انقصار ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر، لأنه ليس لعمل انقصار موجب بدون التسمية. ثم الكاح عقد عتس للمسح فإنه يقسخ بغير العتق ويحار السلوع وعده الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسليم يشبه البيع من هذا الوجه فإذا وقع الاختلاف في البذل يجب التحالف، بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال. وأما إذا طلقها قبل الدخول يصر إلى تحكيم النعمة على ما نص عليه في الجامع. والتفصيل في المبسوط. وقال في معنى قوله: إلا أن يأتي بشيء مستكر جثاً: والأصح أن مراده أن يدعي شيئاً قليلاً بعدم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة.

* رواه البحاري (٢٥٥٥/٦)، وانظر: الفتح: (١٩٦/٩).

** الفتح (١٨/٤)، وسنن سعيد بن منصور (٢٤٣/٣).

قرباً منه قبل منه وإلا لم يقل منه.

قال: وإذا اعتقت الأمة وزوجها حراً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يجعل لها الخيار، إن شاءت اختارت نفسها وإن شاءت أقامت مع زوجها ^(١) وكان ابن أبي ليلى يقول: لا خيار لها. ومن حجة ابن أبي ليلى في بريرة أنه يقول: كان زوجها عبداً ^(٢). ومن حجة أبي حنيفة في ذلك أنه يقول: إن الأمة لا تملك نفسها ولا نكاحها. وقد بعنا عن رسول الله

(١) وفي المسوط ج ٥ ص ٩٨: وإذا اعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجه يادن المولى منها الخيار، إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقت، لما روي أن عائشة رضي الله عنها لما اعتقت بريرة قال لها رسول الله ﷺ: «مذك بضعتك فاختاري» وكان زوجها معيث يمني خلعها ويكي وهي تأباه، فقال النبي ﷺ لأصحابه: «ألا تعجبون من شدة حبه لها وبغصه لها؟» ثم قال: «اتقي الله فإنه زوجك وأب ولدك» فقالت أئامري؟ فقال: «لا إنما أنا شافع» فقالت: إذا لا حاجة بي إليه. فاختارت نفسها *. وكان المعنى فيه أن ملك الروح يزداد عليها بالعق، فإن قل العتق كان يملك عينا تطليقتين ويملك مراجعتها في قرأين وعلتها حيضت، وذلك كله يزداد بالعق وهي لا تتواصل إلى رفع هذه الريادة إلا برفع أصل العقد، فأثبت الشرع لها الخيار هذا، ولهذا لو اختارت نفسها كان مسخاً لا طلاقاً بمرلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد، وفي حق من توفع عني إجارته لا يكون طلاقاً، ولأن سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقاً يستوي إن كان الروح حراً أو عبداً، إلى أن قال: الرواة اختلفوا في روح بريرة رضي الله عنها مروى أنه كان عبداً وروى أنه كد حراً عند عفاها، ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كأنه لم يقل في ذلك شيء يبقى الاعتماد على قول رسول الله ﷺ: «ملكك بضعتك فاختاري» وفي هذا التعليل لا فرق بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً.

(٢) وفي عقود الجواهر المنيفة ج ١ ص ١١٩: ونقل (أي ابن الركناني) عن ابن حزم في المحلى ما ملخصه أنه لا خلاف أن من شهد بالحرية يقدم على من شهد بالرق لأن عبده زيادة علم، ثم لو لم يختلف أنه كان عبداً هل جاء في شيء من الأخبار أنه عليه السلام إنما خيرها لأنها تحت عبداً هذا لا يجدونه أبداً فلا فرق بين من يدعي أنه خيرها لأنه كان عبداً وبين من يدعي أنه خيرها لأنه كان أسود واسمه معيث، فالحق إذن أنه إنما خيرها لكونها عتقت فوجب تخيير كل معتقة سواء كانت تحت حر أو عبد، وإلى هذا ذهب ابن سيرين وطاوس والشعبي، وذكر ذلك عبد الرزاق بأسانيد صحيحة. وأخرج ابن أبي شيبة عن الشعبي ومجاهد، وحكاها الخطابي عن حماد والثوري وأصحاب الرأي. وفي التمهيد: وبه قال مكحول. وفي الاستدكار إنه قول ابن المسيب أيضاً، والله أعلم

* روه أبو داود (٢٧٠/٢)، والدارقطني (٢٩٣/٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٣/٣)، وابن حبان (٩٦/١٠)، وانظر: التحف (٢٧٩/٢)، وصح الراية (٢٠٦/٣)، والمحلى (٢٣٤/٩)، (٢٣٥).

اختلاف أبي حذيفة وابن أبي لبلى ٥٠٩

عنه أنه خير بريرة حين عتقت^(١). وقد بلغنا عن عائشة رضي الله عنها أن روح بريرة كان حرًا^(٢).

قال: وإذا تزوجت وزوجها غائب كان قد نعي إليها فولدت من زوجها الآخر ثم جاء زوجها الأول، فإن أبا حذيفة عليه السلام كان يقول: الولد للأول وهو صاحب الفراش. وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٣). وكان بن أبي لبلى

(١) أخرجه البخاري في مسنده من طريق علي بن يزيد عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها أعتقت بريرة ولها روح مولى لآل أبي أحمد فخيرها رسول الله ﷺ فاختارت عسبا فمرق بينهما، وكان زوجها حرًا. قلت: حديث عتق بريرة وتخيرها أخرجه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه البخاري من طريق زيد بن الخطاب: سمعت أبا حذيفة، وهو في المسجد الجامع بالكوفة يسأله قوم من أهل خراسان عن زوج بريرة أكان عبداً أو حرًا فقال: كان حرًا، فخيرها النبي ﷺ. حدثني حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة، وأخرجه البخاري وغيره من الأئمة، وأخرجه الإمام محمد في كتاب الحجعة عن أبي معاذ عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها، وأخرجه عن عباد بن العوام عن عاصم الأحول عن الشعبي عن عائشة، وأخرجه عن عباد بن العوام عن سعيد بن أبي عروبة عن إبراهيم عن الأسود قال: سألت عائشة رضي الله عنها عن روح بريرة فقالت: كان حرًا، وأخرجه عن إبراهيم مرسلاً وعن الشعبي موقوفاً.

(٣) أخرجه البخاري في مسنده من طريق محمد بن بشر عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر عليه السلام أن النبي ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وأخرجه محمد بن طلحة من طريق عبد الوهاب بن نجاد عن الإمام عن إسماعيل بن عياش الحمصي عن شرحبيل بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول عام حجة الوداع: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية للورث، والولد للفراش وللعاهر الحجر...» الحديث بطوله، وأخرجه القاضي أبو بكر محمد بن عبد الباقي في مسند الإمام من طريق أبي يوسف عنه عن علي بن مسهر عن الأعمش عن إسماعيل بن عياش -الحديث- قلت: وأخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة وعائشة وفي حديثها قصة سودة، ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ربه: «لا دعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية، الولد للفراش وللعاهر الحجر» ورواه البيهقي عن عثمان بن عفان أن رسول الله ﷺ قضى أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، وفيه قصة. ورواه الترمذي من حديث أبي أمامة، ورواه أبو داود عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ قضى أن الولد للفراش، وفيه قصة *.

* رواه البخاري (٧٢٤/٢)، (٨٥٢)، (١٠٠٧/٣)، (١٥٦٥/٤)، (٢٤٨١/٦)، (٢٤٩٩)، (٢٤٨٤)، ومسنم ٢/ (١٢٨٠)، والترمذي (٤٦٣/٣)، (٤٣٣/٤)، والطحاوي (١٠٤/٣)، (١١٣)، (١١٤)، ولسينفي (٨٦/٦)، (١٥٧/٧)، (٤٠٢)، والدارقطني (٣١٣/٣)، (٢٤١/٤)، والشافعي في مسنده (ص ١٨٢)، وأبو داود (٢٨٢/٢)، والنسائي (١٨٠/٦)، وابن ماجه (٦٤٦/١)، والحاكم (٧٣١، ٣) انظر: الدراية (٧٣/٢)، والتنقيص (٣/٤).

يقول: الولد للأخ لأب لأنه ليس بعاهر.
والعاهر: الرائي لأنه متزوج. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب عليه السلام.
وبه يأخذ ^(١).

(١) أخرج الإمام محمد في دعوى الأصل، وأخرج البيهقي من طريق هشيم عن النسياني عن عمران بن كبر أن عبد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء زوجها أبوها فطلق عبد الله ولحق بمعوية فأطاع الصبي على امرأته ومات أبو الجارية فزوجها أهلها من رجل منهم يقال له عكرمة فلع ذلك عبد الله فقدم فخاصمهم إلى علي عليه السلام فرد عليه المرأة، وكانت حاملاً من عكرمة فوضعها على يدي عدل فقالت المرأة لملي: أما أحق بمالي أو عبد الله بن الحر؟ فقال: بل أنت أحق بذلك، قالت: فأشهدك أن كل ما كان لي على عكرمة من شيء من صدقاتي فهو له، فلما وضع ما بي بطنها ردها إلى عبد الله بن الحر وألحق الوليد بأبيه.

(٢) وفي كتاب الدعوى من المسوط ج ١٧ ص ٩١ محتجاً للإمام في هذه المسألة: لأنه صاحب الفرائض الصحيح، فإن نفيه لا يفسد فراشه، والزوج الثاني صاحب الفرائض الفاسد. ولا معارضة بين الصحيح والفاسد بوجه بل الفاسد مدفوع بالصحيح، والمرأة مردودة على الزوج الأول والولد ثابت النسب منه كمن زوج أمته فجاءت بولد ثبت النسب من الزوج دون المولى وإن ادعاه المولى، لأن ملك اليمين لا يعارض النكاح في الفرائض بل الفرائض لصاحب النكاح بل أولى، فإن هناك ملك اليمين عند الانفراد عبر مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الافراد غير مثبت للحل، فإن نفي الأول والأخر الولد أو بعده أحدهما أو ادعيا أو ادعاه أحدهما فهو للأول على كل حال، ولا حد ولا لعان لأنها غير محصنة حين دخل الزوج الثاني عليها نكاح فاسد، فلا يجرى اللعان بينها وبين الأول، والنسب إذا ثبت بالنكاح لا ينتفي إلا باللعان. وكان ابن أبي ليلى يقول: الولد للثاني، لأن الفرائض الفاسد يثبت النسب كالفرائض الصحيح أو أقوى حتى يثبت النسب به على وجه لا ينتفي بالنفي، ثم الثاني إليها أقرب يداً ولولد محبوس من مائه حقيقة فيترجح جانه بالقرب واعتباراً للحقيقة. وذكر أبو عصمة عن إساعيل بن حاد عن عبد الكريم الجرجاني عن أبي حنيفة عليه السلام أن السب يثبت من الزوج الثاني كما هو قول ابن أبي ليلى، وفيه حديث الشعبي ذكره [أي محمد] في الكتاب (أي في الدعوى من الأصل) أن رجلاً من الجمعيين زوج ابنته من عبد الله بن الحر ثم مات ولحق عبد الله بمعوية عليه السلام فزوج الجارية إختونها، فحاض بن الحر فخاصم زوجها إلى علي عليه السلام فقال علي عليه السلام: أما إنك المالئ علينا عدونا؟ فقال: أيمسي ذلك من عدلك؟ فقال: لا، فقضى بالمرأة له وقضى بالولد للزوج الآخر، إلا أن أما حنيفة رحمه الله قال: الحديث غير مشهور فلا يترك به القيس الظاهر، ولو ثبت وحب القول به. وكان أبو يوسف رحمه الله يقول: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني فهو من الزوج الأول وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً منذ تزوجها الثاني فهو الزوج الثاني سواء ادعياه أو نفيه، لأن النكاح الفاسد يحق بالصحيح في حكم النسب، فاعتراض الثاني على الأول ينقطع الأول في حكم النسب ويكون الحكم للثاني، والتقدير فيه بأدنى مدة الحمل اعتصاراً للفاسد بالصحيح. وإن قلنا إن الأول ينقطع بالثاني، لأن بدخول الثاني بها تحرم على الأول ويلزمها العدة من الثاني ووجوب العدة ليس إلا لصيانة الماء في الرحم، فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثاني لم يكن

باب الطلاق

قال: أخبرنا أبو يوسف عن الأشعث بن سوار^(١) عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان يقول في الحرام: إن نوى به يمينًا فيمين وإن نوى طلاقًا فطلاق وهو ما نوى من ذلك^(٢). وإذا قال الرجل: كل حل علي حرام، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول:

لوجوب العدة عليها من الثاني معنى. وعلى قول محمد رحمه الله إن جاءت به لأكثر من ستين منذ دخل بها الثاني فهو لثاني، وإن جاءت به لأقل من ستين منذ دخل بها فهو للأول. لأب وجوب العدة عليها من الثاني بالدخول لا بالكاح، والحكمة إنما ثبتت على الأول لوجوب العدة من الثاني فكأن حرمها عليه بهذا لسبب كحرمها بالطلاق، والتقدير بأدنى مدة الحبل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة بالسكان، فإذا جاءت به لأقل من ستين منذ دخل بها الثاني يتوهم أن يكون هذا من علوق كان قبل دخول الثاني بها في حال حلها للأول فكان السبب ثالثًا معه، وإن جاءت به لأكثر من ستين فقد انقطع هذا التوهم فكان السبب من الثاني.

(١) هو أشعث بن سوار الكندي التوابتي: جمع تابوت، الأثرم، قاضي الأهوار كوفي. روى عن الحسن وابن سيرين وطائفة. وعنه شعبة وحمص بن عياث وهشيم، وعلق. قال الثوري: أنت من معالدة. قال ابن معين والدارقطني ضعيف. وقال عبد الله بن أحمد الدورقي عن يحيى بن معين: أشعث ابن سوار ثقة. قلت: روى له الأربعة إلا أبا داود ومسلم متابعه والبخاري في الأدب المفرد. مات سنة ١٣٦.

(٢) وأخرجه البيهقي [٣٥١/٧] من طريق سفيان عن أشعث بن سوار عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان يقول: نيته في الحرام ما نوى، إن لم يكن نوى طلاقًا فهي يمين. وروى من طريق أبي مسلم عن الأنصاري عن أشعث عن الحسن في الحرام إن نوى يمينًا فيمين، وإن نوى طلاقًا مطلق. وروى من طريق عبي بن الجعد عن شريك عن محول بن راشد عن أبي جعفر في الحرام إن نوى طلاقًا فهي تطليقة واحدة وهو أملك بالرجعة، وإن لم ينو طلاقًا فيمين يكفرها. قال (أي علي بن الجعد): وأنا شريك عن محول عن عامر عن ابن مسعود مثله. وروى عن عمر أنه كان يجعل الحرام يمينًا. وروى عن سفيان عن حبيب بن أبي ثابت عن إبراهيم عن عمر أنه أتاه رجل قد طلق امرأته تطليقتين فقال: أنت علي حرام. فقال عمر: لا أردّها عليك وروى عن الشعبي في الرجل يجعل امرأته عليه حرامًا قال: يقولون إن عليًا جعلها ثلاثًا، قال عامر: ما قال رضي الله عنه هذا إنما قال: لا أحلها ولا أحرمها قال البيهقي: وروينا فيما مضى عن علي أنها ثلاث إذا نوى إلا أنها رواية ضعيفة. قلت: وقال الحافظ علاء الدين في البحر: وقال صاحب الاستدكار: الصحيح عن علي رضي الله عنه أنها ثلاث، وكذا مذهب زيد إلى أن قال: وذكر البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة وغيرهم قالوا: الحرام يمين يكفرها. وهذا يرد قول الشعبي ولا يكون يمينًا، وإذا كان الحرام يمينًا فاليمين لا يكفر إلا بعد الحث. وكلام هؤلاء محمول على ما إذا أصح التحريم ولم يكن له نية، وكلام علي وغيره ممن جعله طلاقًا محمول على ما إذا نوى الطلاق. انتهى ما قلناه الحافظ.

وروى الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم في الرجل يقول لامرأته: أنت

القول قول الزوج، فإن لم يصح طلاقاً فليس بطلاق وإنما هو يمين يكفرها، وإن عني الطلاق ونوى ثلاثاً، وإن نوى واحدة واحدة بائنة، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً فهي واحدة بائنة^(١). وكذا إذا قال لامرأته: هي علي حرام^(٢). وكذلك إذا قال لامرأته:

علي حرام: إن نوى الطلاق فهي واحدة وهو أمك يرجعها.

قال محمد وأما في قول أبي حنيفة إن نوى الطلاق فهو ما نوى، وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً فهي واحدة بائنة. وإن نوى اثنين فهي واحدة بائنة، وإن نوى واحدة يملك الرجعة فهي واحدة بائنة، وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث لا تدخل له حتى سكح زوجاً غيره، وإن لم ينو طلاقاً فهي يمين، وهو مول إن تركها أربعة أشهر لا يفرجها بانت بالإيلاء، وإن لم تكن له بية فهو إيلاء أيضاً، وإن نوى الكذب فليس بشيء. وهذا قول أبي حنيفة رحمته الله.

(١) وفي المسوط ج ٦ ص ٧١: «ولو قال: كل حل عبي حرام يسأل عن بيته، فإذا نوى يميناً فهو يمين ولا تدخل امرأته فيه إلا أن يوبىها فإذا لم ينو حمل ذلك على الطعام والشراب خاصة» وفي القياس وهو قول رفر رحمه الله تعالى كما يفرغ من يمينه يحث وتلزمه الكفارة. فإن فتح العينين والعود والقيام حل داخل في هذا التحريم فكان شرط الحث عقيب لتحريم موجود. ولكنا نقول: علماً يقيناً أنه لم يرد به العموم لأن المر مقصود ولا تصور للبر إذا حمل على العموم، فإذا لم يمكن اعتناء معنى العموم فيه حمل على المتعارف وهو الطعام والشراب الذي به قوام النعمس. ولا تدخل المرأة فيه إلا أن يوبىها، لأن إدخالها بدون البية لمرامها العموم وقد تعذر ذلك، والعادة أن المرأة إذا قصدت بالتحريم تخص بالذكر «فإن نواها دخلت فيه» لأن الموي من احتملات لفظه، ولكن لا يجرح الطعام والشراب، حتى إذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حث، لأن ظاهر لفظه للطعام والشراب ولا يدين في صرف اللفظ عن ظاهره «مإذا حث سقط عنه الإيلاء» لأن الكفارة لرمته وارتفعت اليمين «وإن لم يكن له بية فهو يمين يكفرها» لأن الحرمة باليمين أدنى الحرمات «وإن نوى الطلاق فالقول فيه كالقول في المسألة الأولى» وعند بية الطلاق لا يكون يميناً. لأنه لفظ واحد فلا يسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين. فإذا عملت نيته في الطلاق سقط اعتناء معنى اليمين. وعلى هذا روى عيسى بن أبان عن أبي يوسف ومحمد أنه لو قال لامرأتين: أنتما علي حرام ينوي في إحداها الطلاق وفي الأخرى اليمين أنه يكون طلاقاً فيهما جميعاً، وكذلك لو نوى في إحداها الطلاق ثلاثاً وفي الأخرى واحدة يكون ثلاثاً فيهما جميعاً لأنه كلام واحد فلا يحتمل معنيين مختلفين «وإن نوى الكذب فهو كذب» كما يسا في الفصل الأول.

(٢) وهذه المسألة في المسوط ج ٦ ص ٧٠ مبسطة مدللة مشروحة أنقل لك بعض صورها: قال: وإن نوى الطلاق أي بالحرام لأنها مفروضة في لفظ الحرام، ولم ينو عدداً فهذه واحدة بائنة لأن بية الطلاق قد صحب فيقع القسر المتيقن وهو الواحدة، وإن لم ينو الطلاق ولكن نوى اليمين كان يميناً فإن نحرىم إحلال يمين، قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَنَّكَ لَمْ تَحَرِّمْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَدَقَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحْلَةً أَيْمَنُكُمْ﴾ جاء في التفسير أنه كان حرم مارية القبطية على نفسه، وفي بعض الروايات حرم المسلم على نفسه، وروى الصحاح عن أبي بكر وعمر وابن

خلية أو برة أو بائن أو بة فانقول قول الزوج وهو ما بوى، إن نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وإن نوى ثلاثاً فتلاث^(١) بلعنا ذلك عن شريح^(٢) وإن بوى اثنتين فهي واحدة بائنة، وإن لم يوس طلاقاً فليس بطلاق غير أن عليه اليمين ما نوى طلاقاً. وبه نأخذ. وكان

مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم في هذا القطع أنه لو بوى الطلاق فهو طلاق وإن بوى اليمين فهو يمين، وعن ابن عمر قريباً منه، وعن زيد رضي الله عنه قال: يمين يكفرها. والشامي رحمه الله يقول: بحرم إحلال لا يكون يمين ولكن نجس به الكفارة في الروحة والأمة خاصة، وكذلك إن لم يكن له نية فهو يمين، لأن الحرمة الثابتة باليمين دون الحرمة التي تثبت بالطلاق، وهذا الاحتمال لا يثبت إلا القدر المتيق فكان يميناً إن قرأها كمر عن يمينه للحث، وإن لم يقرأها حتى مصت أربعة أشهر بائناً بالإيلاء. وكذلك لو نوى الإيلاء فهو برة واليمين سراء، وإن نوى الكذب فهو كذب لا حكم له، لأن كلامه من حيث الظاهر كذب فإنه وصفاً بالحرمة وهي حلال له. قالوا: هذا فيما بينه وبين الله تعالى، فأما في القضاء فلا يدين، لأن كلام العاقل محمول على الصحة والعمل به شرعاً فلا ينبغي مع إمكان الأعمال، وفي حمله على الكذب إعازه. ولم يذكر في الكتاب ما لو قال: نويت به الطهار، وذكر في التوابع أنه يكون طهاراً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها تحرم عليه بالطهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان ما بوى من محتملات فقط، وعند محمد لا يكون طهاراً لأن الطهار تشبيه المحللة بالحرمة فدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الطهار.

(١) وفي المسبوط ج ٦ ص ٧٢: ولو قال: أنت مي بائن أو بة أو خلية أو برة فإن لم يوس الطلاق لا يقع الطلاق لأنه تكلم بكلام محتمل فالبنوة تارة تكون من المرل وتارة تكون في الصحة والعشرة وتارة من الكاح، واللفظ المحتمل لا يتعين فيه بعض الجهايات بدون البية أو عللة الاستعمال، ولأن بدون البية معنى الطلاق مشكوك في هذا اللفظ والطلاق بالشك لا ينزل، وإن نوى الطلاق فهو كما بوى إن بوى ثلاثاً فتلاث لأنه نوى أتم أنواع البنوة فإن البنوة تارة تكون مع احتمال الوصل عفيه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عفيه وهو الثلاث ما لم تزوج بزواج آخر فعملت بينه، وإن بوى اثنتين فهي واحدة بائنة عدداً خلافاً لرفر رحمه الله. وقد بسا في الفصل الأول الكلام في هذا فإن قوله بائن كلمة واحدة فلا نحتمل العدد، وإن نوى واحدة أو نوى الطلاق فقط فهي واحدة بائنة عندنا إلخ.

(٢) روى الإمام عن حماد عن إبراهيم أن عروة بن المعيرة أرسل إلى شريح وهو أمير الكوفة فسأله. يقول الرجل لامرأته: أنت طالق ألبسة؟ فقال: كان علي ابن أبي طالب رضي الله عنه يجعلها ثلاثاً، وكان عمر رضي الله عنه يجعلها واحدة وهو أملك برجمتها. فقال عروة بن المعيرة: فما تقول أنت؟ قال شريح: أحبرتكم بما قالوا، فقال عروة بن المعيرة: عزمت عليك لما قلت فيها. قال شريح: أراه قد عرح منه الطلاق وقوله «ألبسة» بدعة فنيته عند بدعته، فإن كان أراد ثلاثاً فتلاث، وإن كان أراد واحدة فواحدة بائنة وهو خاطب. ثم قال إبراهيم: وقول شريح أحب إلي من قولهما، رواه عنه الحسن بن زياد في مسنده. وأخرجه ابن خسر وأيضاً في مسنده من طريقه عنه. ورواه محمد عنه في كتاب الآثار نحو ما رواه ابن زياد. قال محمد: وبه نأخذ. وهو قول أبي حنيفة.

ابن أبي ليلى يقول في جميع ما ذكرت: هي ثلاث تطليقات لا يديه في شيء منها ولا نجعل القول قوله في شيء من ذلك^(١).
قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أمرك في يدك فقالت: قد طلقت نفسي ثلاثاً، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: إذا كان الزوج بوى ثلاثاً فهي ثلاث، وإن كان بوى واحدة فهي واحدة بائة. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي ثلاث ولا يسأل الروح عن شيء^(٢).
قال: وكان أبو حنيفة رحمته يقول في الخيار: إن اختارت نفسها فواحدة بائة، وإن اختارت زوجها فلا شيء. وبه يأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: إن اختارت نفسها فواحدة يملكها الرجعة، وإن اختارت زوجها فلا شيء.

(١) وفي السوسوط ج ٦ ص ٧١ وعنى قول ابن أبي ليلى في هذا ونظائره من الكتابات وهي ثلاث لا يدين في شيء لأنه وصفها بكونها محرمة عليه والحرم لا تثب صفة للمحلل إلا بزال صفة الحل لاستحالة اجتماع الصدين في محل واحد. وصفة الحل لا تزول إلا بالتطليقات الثلاث، فكان وقوع الطلاق موجباً لهذا اللفظ حقيقة فلا يدين في شيء آخر، ولكنا نقول: وصفها بالحرمه أنواع ولها أسباب، فإذا نوى نوعاً أو سبباً كان المنوي من محملات كلامه فتصح بئنه.

(٢) وفي السوسوط ج ٦ ص ٢٣٢: وعن ابن أبي ليلى هي ثلاث ولا يصدق في القضاء إذا قال مريت واحدة لأنه فرض إليها هذا الكلام خمس ما يملك عليها وذلك ثلاث، ولكنا نقول: التمييز قد يكون حصاً وقد يكون عاماً، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويصاً خاصاً وهو غير مخالف للطاهر، وكذلك إن نوى الطلاق فقط، لأنه لا يست إلا القدر المتيقن عند الاحتمال، وكذلك إن بوى اثنين لأن هذا نية العدد وهي لا تسع في هذا اللفظ فتكون واحدة بائة.

(٣) وفي السوسوط ج ٦ ص ٢١٣: «ثم المحيرة إذا اختارت زوجها لم يقع عليها شيء إلا على قول علي رحمته فإنه يقول يقع تطليقة رجعية إذا اختارت زوجها فكانه جعل عين هذا اللفظ طلاقاً» فقال: إذا اختارت زوجها فالواقع به طلاق لا يرفع الرجعية، ولنا تأخذ بهذا بل يأخذ بقول عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنها إذا اختارت زوجها فلا شيء» وهذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت: خيرنا رسول الله ﷺ فاختارناه، ولم يكن ذلك طلاقاً «وإن اختارت نفسها فواحدة بائة عندها» وهو قول علي رحمته، وعلى قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما واحدة رجعية، وعنى قول زيد رحمته إذا اختارت نفسها ثلاثاً، وكأنه حمل هذا اللفظ على أتم ما يكون من الاختيار، وعمر وابن مسعود رضي الله عنهما حملاً على أدنى ما يكون منه وهو انطليقة الرجعية، ولكنا تأخذ فيه هذا بقول علي رحمته، لأن اختيارها نفسها إما يتحقق إذا زال ملك الزوج عنها وصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة البائة وليس في هذا اللفظ ما يدل على الثلاث. لأن حكم ملكيتها أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائة، ولهذا قلنا: وإن بوى الثلاث بهذا اللفظ لا تقع إلا واحدة بائة لأن هذا مجرد نية العدد منه، وقوله «اختاري» أمر بالفعل فلا يحتمل معنى العدد بخلاف قوله «أنت بائي» فية الثلاث إما تصح هناك باعتبار أنه بوى به نوعاً من السيوة، وهذا الاختيار لا ينوع فبقي هذا مجرد نية العدد. قلت: فابن أبي ليلى اختار قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما إذا اختارت نفسها، ولم يذكر السرخسي قوله.

ككيف يقع عليها الطلاق وهي ليست بامرأته وهي امرأة غيره؟ وبه يأخذ.
وكان ابن أبي ليلى يقول: عليها الثلاث التطليقات إذا كانت من الرجل في شخص واحد ما وصفت لك.

وإذا شهد شاهد على رجل أنه طلق امرأته واحدة وشهد آخر أنه طلقها اثنين، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: شهادتهما باطلة لأيهما قد اختلفا. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها من ذلك تطليقة لأيهما قد اجتمعا عليها. وهذا يأخذ ^(١).

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وقد دخل بها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في ذلك: لها السكنى والنفقة حتى تنقضي عدتها. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً. قال السرخسي في ح ٦ ص ١٤٨ من مبسوطه: وإذا شهد شاهد على تطليقتين وشاهد على ثلاث والروح بجحد ذلك أو شهد شاهد بتطليقة والآخر بتطليقتين أو شاهد بتطليقة والآخر بثلاث، لم تقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما وابن أبي ليلى تقبل على الأقل، لأن المعتمد اتفاق الشاهدين في المعنى دون اللفظ حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالتمليك، وقد اتفق الشاهدان على الأقل، لأن الأقل موجود في الأكثر فصار كما لو شهد أحدهما بالالف والآخر بالالف وخمسمائة والمدعي يدعي الأكثر تقبل شهادتهما على الأقل. إلى أن قال: ثم لو ادعى العين وشهد شاهدان بالالف تقبل الشهادة بالاتفاق. فكذلك إذا شهد أحد الشاهدين بالالف والآخر بالالفين يعني أن تقبل على الأقل. وأبو حنيفة يقول: اختلف الشاهدان في المشهود به لفظاً ومعنى فلا تقبل الشهادة، كما لو قال أحدهما إنه قال لها: خلية والآخر إنه قال لها: أنت برة، وإنما قلنا ذلك لأن أحدهما شهد بالواحدة والآخر بثنتين أو بثلاث، والواحدة أصل لعدد لا تركب فيها والاتحاد والثلاث اسم لعدد مركب فكادت المعايير بينهما على سبيل المصادفة، ومن حيث إن اللفظ الواحد غير التثنية والجمع. والدليل عليه أنه مدعي الاثنين أو الثلاثة لا يكون مقراً بالواحد إذ لو كان مقراً بالواحد لكان مرتداً بالشرك بعد ذلك فينبغي أن تقبل، ولأن التطليقتين اسم واحد والتطليقة كذلك وزيادة حرف يتغير الاسم كما يقال زيد وزيدان ونصر ونصير، وكذلك في آلاف والألفين، وإذا ثبت المخايرة كان على كل واحد من الأمرين شاهد واحد فلا يتمكن القاضي من القضاء بشيء. بخلاف الألف مع الألف وخمسمائة فإنهما لسان أحدهما معطوف على الآخر فيجمل الاتفاق بينهما على الألف لفظاً ومعنى.

كذلك في قوله طالق وطائق وفي قوله فلانة وفلانة وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فإن الاتفاق هناك في اللفظ ليس بشرط، فأما بين الشهادتين الموافقة في اللفظ شرط. ألا ترى أنه لو ادعى العصب أو القفل وشهد شاهدان بالإقرار به تقبل، ولو شهد أحد الشاهدين بالعصب والآخر بالإقرار به لا تقبل؟ وهذا لأن الشهادة تعتمد اللفظ، ألا ترى أنها لا تقبل ما لم يقل: أشهد؟ والذي يطل مذهبهما ما ذكر في كتاب الرجوع: لو شاهدان بتطليقة وشاهدان بثلاث تطليقات وقرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعا كان ضمناً نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة؟ ولو اعتبر ما قالوا أن الواحدة توجد في الثلاث لكان الصمان عليهم جميعاً.

السكى وليس لها النفقة^(١)، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لم وقد قال الله عز وجل في كتابه: ﴿فَأَسْفُوا عَلَيْهِنَ حَتَّى يَضَعْنَ خَمْلَهُنَّ﴾ وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعل للسلطنة

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٢٠١: فأما المتوتة فيها النفقة والسكى ما دامت في العفة عدما، وعمر قول الشافعي لها السكى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا، وعلى قول من أبي ليلى لا نفقة للمتوتة في العدة. واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت: «طغني زوجي ثلاثاً فلم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكى» إلا أن في صحة هذا الحديث كلاماً، فإنه روي أن زوج فاطمة أسامة بن زيد رضي الله عنهما كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده. وعن عائشة رضي الله عنها قالت: نلتك المرأة فتنت العالم، أي برزيتها هذا الحديث وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا بدع كذب ربنا ولا سة نيسا ﷺ يقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت فصطت أن نسيتم؟ سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمطلقة للثلاث النفقة والسكى ما دامت في العدة». وتأويله إن ثبت من وجهين: أحدهما أن زوجها كان عائثاً فإنه خرج إلى اليس ووكلا أخاه بأن ينفق عليها خبز الشعير فأبى هي ذلك، ولم يكن الزوج حاضراً ليفضي عليه شيء آخر. والثاني أنها كانت بديعة اللسان على ما روي أنها كانت تؤذي أحماء زوجها حتى أخرجوها. فأمرها رسول الله ﷺ أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم رضي الله عنه، فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكى. ثم لا خلاف في استحقاتها السكى، فإنه مبصوح عليه بقوله تعالى: ﴿لَا تَحْرُوهُ﴾ من يُؤَيِّنُونَ.... الآية، وقال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ﴾ فعملنا ما قالوا: النفقة والسكى كل واحد منهما حق مالي مستحق لها بالنكاح، وهذا العدة حق من حقوق النكاح. فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكى فكذلك النفقة، واستحقاق السكى يبين بقاء ملك اليد للزوج عليها ما دامت في العدة، وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمن يثبت بسبب ملك اليد، ألا ترى أن نفقة رقب المكاتب عليه في كسبه لما له فيه من ملك اليد؟ ولا يدخل عليه نفقة المهرور، فإنه لا يكون على المهرور مع ملك اليد له، لأن ملك اليد للمهرور في المالية دون العين فإن يده يد الاستيفاء وذلك في المالية دون العين، ثم ذكر نفقة الحامل واستواء الحامل والحائض فيها بالدلائل، فمن شاء الإطلاع عليها فليرجع إليه. قلت: وما روي عن عمر أخرجه مسلم والترمذي من طريق أبي إسحاق عن الأسود، ورواه القاسمي إسماعيل والطحاوي عن حجاج بن منهال عن حماد بن سلمة عن الشعبي عن الشعبي عن عمر. وفيه سمعت رسول الله يقول: «لها السكى والنفقة» ذكره الحافظ علاء الدين التركماني في الجوهر النقي، وذكره ابن حزم أيضاً وأدخل بين حماد والشعبي حماد بن أبي سليمان. وليس هذا النمط عند مسلم والترمذي.

• رواه أبو داود (٢٨٧/٢)، والسنائي (١٤٤/٦)، والدارمي (٢١٨/٢)، وانظر: الدراري النضية للشوكاني (ص/٢٩٠) وسبل السلام (١٩٨/٣).

ثلاثاً السكني والنفقة^(١).

قال: وإذا آلى الرجل من امرأته فحلف لا يقرها شهراً أو شهرين أو ثلاثاً، لم يقع عليه بذلك إيلاء ولا طلاق، لأن يمينه كانت على أقل من أربعة أشهر. حدثنا بذلك سعيد بن أبي عروبة^(٢) عن عامر الأحول^(٣) عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما^(٤) وهو قول أبي حنيفة. وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو مول منها إن تركها أربعة أشهر بائناً بالإيلاء، والإيلاء: تطليقة بائنة^(٥).

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن عمر أنه كان يجعل للمطلقة ثلاثاً السكني والنفقة فقالت ناطمة بنت قيس: طلقني زوجي ثلاثاً فلم يجعل لي رسول الله ﷺ سكي ولا نفقة، فقال عمر: «لا تأخذ بقول امرأة لا تدري صدقت أم كذبت وتدع كتاب الله». وأخرجه الأثنائي من طريق عبيد الله بن موسى عنه. وأخرجه البخاري من طريق خلف بن يسير الزيات عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر موصولاً. وأخرجه الحسن بن زياد عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن ناطمة وعمر رضي الله عنهما. وأخرجه ابن خسر عن طريق ابن زياد عنه. قلت: وأخرجه مسلم والترمذي من طريق أبي إسحاق عن الأسود، وكذلك ابن أبي شيبة والبيهقي.

(٢) هو سعيد بن أبي عروبة مهران الشكري مولاهم، أبو البصر البصري الحافظ اعلم. روى عن الحسن والمصر بن أنس حديثاً واحداً وأبي التياح ومطر الوراق، وخلق. وعنه شعبة وابن علية ويبريد بن ربيع ومحمد بن جعفر وخلق. قال ابن معين: ثقة من أئمتهم في فتادة. وقال أبو حاتم: ثقة قبل أن يخلط. وقال دحيم: اختلط سنة خمس وأربعين ومائة. وقال السائي: لم يسمع من عمرو بن دينار وريد بن أسلم والحكم بن عتيبة قلت: روى له السنة مات سنة ١٥٦.

(٣) هو عامر بن عبد الواحد البصري الأحول. روى عن شهر بن حوشب ومكحول وسواهما، وعنه سعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائي. وثقه أبو حاتم. قال ابن معين: ليس به بأس، وقال أحمد: ليس بالقوي. قلت: روى له السنة إلا أن البخاري في جزء القراءة له. وذكره ابن حبان في الثقات.

(٤) ورواه أبو يوسف في كتاب الآثار أيضاً بهذا السند، ولفظه: «من آلى من امرأته شهراً أو شهرين أو ثلاثاً أو ما دون الأربعة فليس عليه إيلاء» قال وذكر أبو حنيفة عنه نحو هذا. وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً في مصنفه من طريق عطاء عن ابن عباس بإسناد صحيح، وأخرجه البيهقي من طريق موسى بن إسماعيل ويونس بن محمد عن أبي قدامة الحارث بن عبيد عن عامر الأحول بسنده المذكور، ولفظه «وكان إيلاء أهل الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك فمن كان إيلاءه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء».

(٥) وفي المبسوط ج ٧ ص ٢٢: وإذا حلف لا يقرها أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً عبداً، وقال ابن أبي ليلى: هو مول إن تركها أربعة أشهر بائناً بتطليقة، وهكذا كان أبو حنيفة يقول في الاستثناء فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما: «لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر» رجع عن قوله. وابن أبي ليلى استدلل بظاهر الآية: قال الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِن بَنَاتِهِمْ﴾ والإيلاء هو

وإذا حلف الرجل لا يقرب امرأته في هذا البيت أربعة أشهر فتركها أربعة أشهر منه يقرها فيه ولا في غيره، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس عليه في هذا الإيلاء، ألا ترى أن له أن يقرها في غير ذلك البيت ولا تحب عليه الكفارة؟ وإنما الإيلاء كل حين سمع الجماع أربعة أشهر لا يستطيع أن يقرها إلا أن يكفر بميه. وبه أخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: هو مول إن تركها أربعة أشهر بات بالإيلاء ^(١) والإيلاء تطليقة بآنة قال. وإذا طاهر الرجل من امرأته فقال: أنت علي كظهر أمي يوماً أو ولت وقتاً أكثر من ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله يقول: هو مظاهر معها لا يقرها في ذلك الوقت حتى يكفر الطهار، فإذا مضى ذلك الوقت سقطت عنه الكفارة وكان له أن يقرها بعير كفارة وبه أخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو مظاهر معها أبداً، وإن مضى ذلك الوقت فهو مظاهر لا يقرها حتى يكفر كفارة الطهار ^(٢).

قال: وإذا ارتد الروح عن الإسلام وكفر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: بات مه امرأته إذا ارتد، لا تكون مسلمة تحت كافر. وبه أخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي امرأته على حالها حتى يستتاب، فإن تاب فهي امرأته، وإن أبى قتل وكان لها ميراثها منه ^(٣).

- اليمين، فتقييد اليمين بمدة أربعة أشهر يكون زيادة، ولكنا نقول: المولى من لا يملك قربان امرأته في المدة إلا بشيء يلزمه، وإذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر من غير أن يلزمه شيء، فلم يكن مولياً في ترك مجامعتها مدة بغير يمين.
- (١) وفي المبسوط ج ٧ ص ٢٥: وإن حلف لا يقرها في مكان كذا أو في مصر كذا أو قال في أرض العراق، لم يكن مولياً عدنا. وقال ابن أبي ليلى: هو مول لأنه قصد الإضرار والتعنت يمينه فزعمه حكم الإيلاء. ولكنا نقول: اليمين إذا وقعت بمكان توقفت به فهو يتمكن من قربانها في غير ذلك المكان في المدة من غير أن يلزمه شيء، فلا يتحقق به منع حقها في الجماع.
- (٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ٢٣٢: وإن قال: أنت علي كظهر أمي اليوم فهو كما قال لا يقرها في ذلك اليوم حتى يكفر، فإذا مضى اليوم بطل الطهار. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى: هو مظاهر أبداً حتى يكفر، وقاس هذا بالحرمة الناجية بالطلاق في أنه لا يتوقت بالتوقيت، ولكنا نقول: موجب الظهار الحرمة وهو محتمل للتوقيت كالحرمة بسبب العدة، وحرمة البيع إلى الفراغ من الجمعة، وحرمة الصيد على المحرم إلى أن يحل، والحرمة بسبب اليمين، فإذا احتمل التوقيت صح توقيته ولا يبقى بعد مضي الوقت، بخلاف الطلاق ما حرمة ما باعتبار روال الملك أو لانعدام محل الخل ودنث لا يحتمل التوقيت، وعلى هذا لو قال: أنت علي كظهر أمي شهراً أو حتى يقدم فلان، فهو كما قال، ويسقط بمضي الشهر أو قلوب فلان لانتفاء الحرمة بمضي وقتها.
- (٣) وفي المبسوط ج ٥ ص ٥٩: وابن أبي ليلى يقول: لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد، فإن تاب فهي امرأته، وإن مات أو قتل ورثته، وجعل هذا قياس إسلام أحد الزوجين على ما بينا. ولكنا نقول: الردة تنافي الكاح، واعتراض سب المنالي للكاح، موجب

قال: وإذا رجعت المرأة من أهل الإسلام إلى الشرك، كان هذا والباب الأول سواء في قولهما جميعاً، غير أن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يعرض على المرأة الإسلام، فإن أسلمت على سلسلها، وإن أبت حبست في السجن حتى تتوب ولا تقتل. بلغنا ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ^(١).

للفرقه بعينه كاهرمية، فأما اختلاف الدين عنه لا يأتي الكاح، حتى يجوز ابتداء الكاح بين المسلم والكثائية، وكذلك الإسلام لا يأتي الكاح، فإن النكاح نعمة وبالإسلام تصير النعم محرومة له، فلهذا لا تقع الفرة هناك إلا بقضاء القاضي بعد إباء الآخر. ثم إن كان الزوج هو المرتد منها نصف المهر إن كان لم يدخل بها، ونفقة العدة إن كان دخل بها وإن كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها إن كان نزل الدخول، وليس لها نفقة العدة بعد الدخول. والكلام في أن هذه الفرة طلاق أو غير طلاق كما يشاء.

(١) أخرجه أبو يوسف في عراجه عن الإمام عن عاصم عن زر عن ابن عباس قال: «لا تقتل النساء إذا هن ارتدن عن الإسلام ولكن يحسن ويدعين إلى الإسلام ويحبرن عليه» وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عن محمد بن عيسى في الآثار عنه وقال عن أبي رزين في مكان زر، ولنقطه «لا يقتل النساء إذا ارتدن عن الإسلام ويحبرن عليه» وأخرجه الدارقطني، وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق الإمام، وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري عن عاصم، وأخرجه الدارقطني عن الثوري عن الإمام عن عاصم. وروى الدارقطني عن خلاص عن عبي: المرتدة تستتاب ولا تقتل. وروى عبد الرزاق عن الثوري عن يحيى بن سعيد (أي الأنصاري) أن عمر أمر في أم ولد تصبرت أن تباع في أرض ذات موقه عليها ولا تباع في أهل دينها، وروى الطبراني عن معاذ أن النبي ﷺ قال له حين بعته إلى اليمن: «أيتها امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها فإن تابت فأقبل منها وإن أبت فاستبها» وإسناده صحيح***، وعن أبي هريرة أن امرأة ارتدت على عهد رسول الله ﷺ فلم يقتلها، أخرجه ابن عدي في ترجمته حمص بن سليمان الأسدي وهو صحيح عند أهل الحديث. فمن تأمل في هذه الطرق علم أن للحديث أصلاً، بل يرتقي بكثرة الطرق والشواهد إلى الحسن. وقد تابع الإمام أبو مالك الحنفي وحديثه صاف عن العبار لأن رواه ثقات، وتابعه الثوري كما هو عند عبد الرزاق والدارقطني، وهو مذهب الثوري، ذكره ابن عبد البر، وهذا دليل صحة الحديث عنه. وفي التمهيد: وروى قتادة عن خلاص عن علي مثله، وهو قول الحسن وعطاء.

• رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٤٢/٦) والدارقطني في سننه (٢٠١/٣).

• رواه ابن أبي شيبة (٤٤٢/٦)، والدارقطني (٢٠١/٣)، وانظر: الدراية (١٣٧/٢)، ونصب الراية (٢/٤٥٧).

• رواه الطبراني كما في المجموع (٢٦٣/٦)، وقال: فيه سامر لم يسم، قال مكحول عن ابن أبي طلحة اليمري بقية رجاله ثقات. وانظر: الدراية (١٣٦/٢)، وصححه المحافظ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: إن لم تبت قتلته، وبه مأخذ^(١)، ثم رجع إلى قول أبي حذيفة عليه السلام، وكيف نقتل وقد هي رسول الله ﷺ عن قتل النساء في الحروب من أهل الشرك^(٢)؟ فهذه مثلهم.

(١) وفي المبسوط ج ١٠ ص ١٠٨: ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجر على الإسلام عذبا. وذلك الشامي رحمه الله: تقتل إن لم تسلم. هكذا كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى في الابتداء ثم رجع. وروى الحسن عن أبي حذيفة رضي الله عنهما أنها تخرج في كل ليل وتحرر تسعة وثلاثين سوفاً، ثم تعاد إلى الحبس إلى أن تتوب أو تموت. واستدل الشامي بقوله ﷺ: «من بدل دینه ماقتلوه» وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى: ﴿مَنْ شَهِدَ مَكَةً يُشْهِرْ فَلْيُصْنَعْ﴾ وتبين أن الموجب للقتل تبديل الدين، لأن مثل هذا في لسان صاحب الشرع لبيان الهلة، وقد حقق تبديل الدين منها.

وفي الحديث أن النبي ﷺ قتل مرتدة يقال لها أم مروان إلخ وأطال حجه قال: وحجها في ذلك هي التي ﷺ عن قتل النساء، وفيه حديثان: أحدهما: ما رواه رباح بن ربيعة عنه أن النبي ﷺ رأى في بعض العزوات نوماً مجتمعين على شيء فأسأل عن ذلك فقالوا: يظرون إلى امرأة مقتولة فقال لو أحد أدرك خالداً وقال له: لا تقتلن عسيفاً ولا ذرية! والثاني: حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رأى امرأة مقتولة فقال: «من قتل هذه؟» قال رجل: أنا يا رسول الله، أردتها غلمي فأهوت إلى سيفي لثقتلني، فقال: ما شأن قتل النساء؟ وأراها ولا تُغداً ولما رأى رسول الله ﷺ يوم فتح مكة امرأة مقتولة فقال: ها ما كانت هذه تقاتل! فمي هذا بأن أن استحقات القتل بعلة القتال، وأن النساء لا يقتلن لأهن لا يقاتلن. وفي هذا لا فرق بين الكفر الأصبي وبين الكفر الصارئ. وما روي من الحديث غير محري على ظاهره، بالتبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم، فعرفنا أنه عام لحقه خصوص فخصه وحمله على الرجال بدليل ما ذكرنا. وامتدته أنني قمت كانت مقاتلة، فإن أم مروان كانت تقاتل وتحرص على القتال، وكانت مطوعة فيهم إلخ وأطال الاحتجاج. فثبت: وفي حديث ابن عمر «نهى عن قتل النساء والصبيان» متفق عليه. وأما حديث رباح بن ربيعة الذي ذكره فأخرجه أبو داود وابن حبان وأحمد والنسائي والطحاوي.

(٢) روى أبو داود من حديث أسد. [١٩٦/٧ - عوب]: «لا تقسوا شيخاً ماناً ولا صغيراً ولا امرأة» وعند البخاري ومسلم عن ابن عمر: «نهى عن قتل النساء والصبيان». وأخرج أبو داود عن رباح بن الربيع بن صبيح: كما مع رسول الله ﷺ في عروة فرأى الناس مجتمعين فبعث رجلاً فقال: انظر، فقال: امرأة قتيل، فقال: «ما كانت هذه تقاتل» وأخرجه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه، وفي رواية لأبي داود في حديث الصعب بن حثامة. وقال الرهري: ثم هي بعد ذلك عن قتل النساء والصبيان. وروى الطحاوي عن ابن بريدة [٢٢١/٣] كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية قال لهم: «لا تقتلوا وليداً ولا امرأة» وروى عن أبي سعيد: نهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والولدان قال: هما لمن علب. وروى عن ابن عمر أنه نهى عن قتل النساء والصبيان. وروى عن كعب بن مالك رعه: نهى الدين قتلوا ابن أبي الحقيق حين خرجوا إليه عن قتل الولدان -

قال: وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو كما قال. وأي امرأة تزوجها فهي طالق واحدة^(١). وهذا نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع عليه الطلاق، لأنه عمم فقال: كل امرأة أتزوجها، فإذا سمي امرأة مسماة أو مصراً بعينه أو جعل ذلك إلى أجل، فقولهما فيه سواء، ويقع به الطلاق.

قال: وإذا قال الرجل لامرأة: إن تزوجتك فأنت صالقة أو قال: إذا تزوجت إلى كذا وكذا من الأجل امرأة فهي طالق، أو قال: كل امرأة أتزوجها من قرية كذا وكذا فهي طالق، أو من بني فلان فهي طالق، فهما جميعاً كانا يقولان: إذا تزوج تلك فهي طالق،

والنساء. وررر عن حطية الكاتب: كنت مع رسول الله ﷺ فمر بامرأة لها خلق وقد اجتمعوا عليها، فلما جاء أفرجوا، فقال: ما كانت هذه تفعل، ثم أتبع رسول الله ﷺ خالداً أن لا تقتل امرأة ولا عسيماً. قلت: ورواه ابن حبان وأحمد والسمائي وابن ماجه أيضاً، وفيه ذرية، مكان امرأة *.

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٩٦: ولو قال لامرأة: كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً فهو كما قال، يقع عليها ثلاث كلما تزوجها الخ قال: وهذه المسألة تنسب على أصلها أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعناق والطهار يحور إصافته إلى الملك عم أو محض، وهو قول ابن عباس، فإنه سئل عمن يقول لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، فتلا عليه قوله تعالى: ﴿إِذَا تَكَتْهُمُ الْمُؤْمِنَاتُ نُنَزِّلُ لهنَّ مِنْهُمُ طَلَقًا﴾. وقال: شرع الله الطلاق بعد الكاح فلا طلاق قبله، وعلى قول ابن أبي ليلى إن عصى امرأة أو قيلة انعقدت البين، وإن عم فقال: كل امرأة لا تنعقد وهو قول ابن مسعود عليه السلام لما فيه من سد باب نعمة الكاح على نفسه. قلت: فرض المسألة في كلما والمرأة المعصية، ولم يذكر الحجة على ابن أبي ليلى واحتج للشافعي ثم احتج عليه، وأجاب عن الإمام وأطال. وقال في ص ٩٨: وإذا قال لامرأة: إذا تزوجتك أو إذا ما تزوجتك أو إن تزوجتك أو متى تزوجتك، فهذا كله للمرة الواحدة، لأنه ليس في لفظه ما يدل على التكرار، فإن كلمة إن للشرط وإذا ومتى لوقت بخلاف ما لو قال: كلما تزوجتك، لأن كلمة (كلما) تقتضي التكرار فلا يرتفع البين بالترويع مرة، ولكن كلما تزوجها يصير عند الترويع كالمنجز للطلاق.

(٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ١٣٠. وإذا قال: كل امرأة أتزوجها أبداً فهي طالق، فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها ثانية، لم تطلق، لأن كلمة كل تقتضي جميع الأسماء لا تكرار الأفعال، وإنما يحدد وفروع الطلاق بتحدد الاسم، ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة، بخلاف كلمة كلما فإنها تقتضي تكرار الأفعال، وإنما قلنا ذلك، لأن مقتضى كلمة (كل) الجمع فيما يتعصبها والذي يتعصب الكل الاسم دون الفعل، يقال: كل رجل وكل امرأة، ولا يستقيم أن يقال كل صرب وكل دخل، والذي يتعصبه كلمة كلما الفعل دون الاسم، يقال كلما ضرب وكلما دخل، ولا يقال كلما زيد وكلما عمرو.

* التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (٣٣٧/٢)، ونصب الرأية (٤٤٦/١)، (٤٠٧/٣)، (٤٥٧)، وتلخيص الحبير (٤٨/٤)، والرأية (١٣٦/٢)، ونسخت المحتاج (٤٦٩/٢)، والبراري المصيبة (ص ٤٤٤).

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٥٢٣

وإن دخل بها دون أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: ها مهر ونصف مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق الذي وقع عليها قبل الدخول. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لها نصف مهر، ويفرق بينهما في قولهما جسدًا.

قال: إذا قذف الرجل امرأته وقد وطئت وطئًا حرامًا قبل ذلك، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا حد عليه ولا لعان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى: عليه الحد^(٢). ولو قذف غير زوجها لم يكن عليه حد في قول أبي حنيفة. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه الحد^(٣).

- (١) وبطريق هذه المسألة مسائلتان: مسألة ذكرت في ص ١٣٢ ج ٦ من المسبوط تشابهان هذه المسألة، ولم يذكر الرخسي في كتبه التي ذكرت هنا قال: «وإن قال: أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلفت حين تزوجها إن مات أو لم يموت» لأنها بنفس العقد استحققت اسم الأولبة بصمة التفردية «فإن دخل بها فلها مهر ونصف مهر: نصف مهر بالطلاق الواقع قبل الدخول، ومهر بالدخول بها» لأن الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء، والوطء في غير المثلث لا يفك عن حد أو مهر، فإذا سقط الحد بشبهة وجب المهر. ومسألة ذكرت في ص ١٢٩ وهي ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة. لم يذكر هذا (أي محمد) في الأصل. قال أبو يوسف في الأمالي: تطلق اثنتين وعليه لها مهران ونصف، وقال محمد: تطلق ثلاثًا وعليه ها أربعة مهور ونصف، ذكره في الرقيات. وجه نخرج أي يوسف أنه لما تزوجها وقعت تطلق قبل الدخول ولزمه نصف مهر فما دخل بها لزمه مهر بالدخول، ثم لما تزوجها وقعت تطلق أخرى بكلمة كلما ولكنها تكون رجعية عنده، لأنه تزوجها قبل انقضاء عدتها منه، وبمس التزوج وجب مهر آخر، وذلك مهران ونصف، ثم بالدخول يصير مراجعًا والتزوج الأول وقعت تطلق ووجب نصف مهر بالطلاق ومهر بالدخول وكذلك والتزوج في المرة الثالثة لغو فعده بتطليقة وعليه لها مهران ونصف. ونخرج قول محمد أن بالتزوج الثاني والثالث، لأن عنده وإن حصل التزوج في العدة لا يخرج به الطلاق من أن يكون واقعًا قبل الدخول، فتطلق ثلاثًا، وعليه أربعة مهور ونصف. ولو قال: كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسألة بحال، فعند محمد هذا والأول سواء، وعند أبي يوسف تطلق ثلاثًا بكل روح تطليقة بائة وعليه حصة مهور ونصف، لأن بالعقد الثاني والثالث في العدة كما وقع طلاق بائن وجب مهر تام، وكذلك يجب بكل دخول مهر تام، فإذا جمعت ذلك كان حصة مهور ونصف.
- (٢) وفي باب اللعان من المسبوط ج ٧ ص ٤١: وإذا قذف امرأته وقد زنت فلا حد عليه ولا لعان، لأنها ليست بمحصنة، وهو صادق فيما رماها به من الزنا. وكذلك إن وطئت وطئًا حرامًا، يريد الوطء بشبهة، وعن أبي يوسف قال: يلاعها. وهو قول ابن أبي ليلى، لأن هذا الوطء مشتمل للجب موجب للعدو والمهر فلا يسقط به الإحصان كوطء المكوحة في حانة الخيص، ولكننا نقول: وطء غير المملوك فيكون في معنى الزنا فيسقط به الإحصان، ولكن لا يجب به الحد للشبهة والشبهة تصلح لاسقاط الحد لا لإيجابه، ولو أوجبا على قاذبها الحد واللعان كان به إيجاب الحد بالشبهة، وبهذا فارق حكم السب والعدة، لأنه يثبت مع الشبهة.
- (٣) ونظير هذه المسألة في المسبوط ج ٩ ص ١١٦: باب الشهادة في القذف قال. ومن قذف الزميمة

ينبغي في قول ابن أبي ليلى أن يكون مكان أحد اللعان. قال: وإذا قل الرجل لامرأته: لا حاجة لي فيك، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: ليس هذا بطلاق وإن أراد به الطلاق، وبه نأخذ^(١). [وكان ابن أبي ليلى يقول: هي تطلق ثلاثاً]^(٢) وقال أبو حنيفة رحمته: وكيف يكون هذا طلاقاً وهو بمنزلة: لا أشتبك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك؟ فليس في شيء من هذا طلاق.

قال: وإذا قذف الرجل وهو عبد امرأته وهي حرة وقد أعتق نصف العبد أحد الشريكين وهو يسعى للآخر في نصف قيمته، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول: هو عبد ما بقي عليه شيء من السعاية وعليه حد العبد. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو حر وعليه اللعان. وبه نأخذ. وكذلك لو شهد شهادة أبطلها أبو حنيفة وأجارها ابن أبي ليلى. ولو قذف رجل هذا العبد الذي يسعى في نصف قيمته لم يكن عليه حد في قول أبي حنيفة رحمته، لأنه بمنزلة العبد، وكان على قاذفه الحد في قول ابن أبي ليلى. وبه نأخذ^(٣). ولو قطع

بألنا فلا حد عليه عندنا سواء قذفه بذلك الربا بعينه أو برأ آخر أو مبهماً. وحكي عن إبراهيم وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى أنه إن قذفه بعير ذلك الزنا بعينه أو بالرأ مبهماً فعليه الحد، لأن الرمي موجب للحد إلا أن يكون الرامي صادقاً وإنما يكون صادقاً إذا سبه إلى ذلك الزنا بعينه فقيماً سوى ذلك فهو كاذب ملحق بالشين به، ولكنا نقول: ربي المحصن موجب للحد بالصر، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ والمحصن لا يكون زانياً، فقاذف الزاني بالرأ قذف غير محصن، وهو صادق في نسبه إلى أصل الزنا فلا يكون ملتمزاً للحد.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً، أفاده في المبسوط بقوله: عندنا. واحتج السرخسي لابن أبي ليلى فقال: لأنه نفي حاجته فيها على الإطلاق وحقيقة ذلك إذا صارت محرمة عليه، وأما ما دامت محلة في حقه فله فيها حاجة طعناً أو شرعاً، لأن النساء خلقت لخوائج الرجال إليهن مكان هذا وقوله: أنت محرمة علي سواء، ولكنا نقول: قوله لا حاجة لي فيك بمنزلة قوله: لا أشتبك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك، وليس في شيء من هذه الألفاظ ما يدل على الطلاق، والنية متى شجرت عن لفظ يدل عليه كان باطلاً. والأصل فيه ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله ﷺ فلم يرعها رغبة فقال: «لا حاجة لي إلى النساء» الحديث. ومعلوم أنه ما كان الطلاق من احتمالات لفظه ذلك.

(٢) زيادة من المبسوط، وسقطت هذه الجملة من الأصل، ولا بد منها ليعلم بها اختلافهما.

(٣) وفي المبسوط ج ٧ ص ٣٠٢ باب عتق العبد بين الشركاء: أكثر مسائل هذا الباب تنبي عن أصل أبي حنيفة رحمه الله، فإن العتق عنده يتجرى حتى إن من أعتق نصف عبده فهو بالخيار في النصف الباقي إن شاء أعتقه وإن شاء استسماه في النصف الباقي في نصف قيمته، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب، وعبد أبي يوسف وعبد والشافعي يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله عليه الصلاة

هذا العمد يد رجل متعمداً لم يكن عليه القصاص في قول أبي حنيفة رحمه الله. وبه نأخذ، وهو بمنزلة العبد، وكان عليه القصاص في قول ابن أبي ليلى، وهو بمنزلة الحر في كل قبيل أو كثير أو حد أو شهادة أو غير ذلك، وهو في قول أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة العمد ما دام عليه درهم من قيمته. وكذلك هو في قولهما جميعاً لو أعتق جرماً من مائة حرة أو بقي عليه جزء من مائة حرة من كتابته إن شاء الله تعالى. وإن كان أمة بين اثنين ولها زوج عبد أعقبتها أحد موليتها وقضى عليها بالسعاية للأخر، لم يكن لها خيار في المكاح في قول أبي حنيفة حتى تصرغ من السعاية وتعتق، وكان لها الخيار في قول ابن أبي ليلى يوم يقع العتق عليها. وبه نأخذ ^(١). ولو طلقت يومئذ كانت عدتها وطلاقها في قول أبي حنيفة رحمه الله عدة أمة وطلاق أمة، وكانت عدتها وطلاقها في قول ابن أبي ليلى عدة حرة وطلاق حرة. ولو لم يكن لها زوج وأرادت أن تتزوج لم يكن لها ذلك حتى يأذن الذي له عليها السعاية. فهي في قول أبي حنيفة بمنزلة الأمة، وفي قول ابن أبي ليلى بمنزلة الحرة.

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدري أحي

والسلام: «من أعصى شقفاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك» إلى أن قال: واستدل أبو حنيفة بحديث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شقفاً نه في عد فإن كان موسراً فعليه خلاصه، وإلا فقد عتق ما عتق ورق ما رقى» وقال عبي رحمه الله: يعتق الرجل من عبده ما شاء. ونأويل قوله ﷺ «فهو حر كله» سبب حرراً كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية مكنون فيه بياضاً أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه، وهو مدعاه، ولأن هذا إزالة ملك اليمين فيتحراً في أهل كالبيع. وبأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالكة دون الرق، فالرق اسم لضعف ثابت في أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا بقاء صفة الرق في المحل، كما لا يكون حياً إلا باعتبار صفة الحياة في المحل، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له، فثبت أنه يملك المالكة وملك المالية يحتمل التجري فإنما يرول بقدر ما يزيله، وهذا لا يعتق شيء منه باعتق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى كان معتق البعض كالسكتب إلا في حكم واحد وهو أن المكاتب إذا عجز برد في الرق، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ، وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ إلخ وأطال وأجاد قنت: ولم يذكر هذه المسألة بصورتها في المبسوط وإنما هي متفرقة في الأبواب: اللعان، وحد الفدف، والعاق.

(١) وهو قول محمد أيضاً كما علم سابقاً من أصلها، وهذه المسألة إلى خصمها وهو قوله: بسرة غيره من تعريعات المسألة لمذكورة قبلها، والفروع في هذا الباب بيت على أصل واحد وهو أن العتق يتجرى عند الإمام دون ابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد، رضي الله عنهم.

هو أو ميت أو فلان ميت قد علم بذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يقع عليها الطلاق. وهذا نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق. قال أبو حنيفة: وكيف يقع عليها الطلاق ولم يشأ فلان؟ قال: وإذا فذف ارجل امرأته وفامت لها البينة وهو بجحد، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يلاع. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يلاع ويضرب الحد ^(٢).

وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال له مولاه: طلقها، فإن أبا حنيفة كان يقول ليس هذا بإقرار بالكاح إنما أمره بأن يفارقها فكيف يكون هذا إقرارًا بالنكاح؟ وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا إقرار بالنكاح.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضًا. قال السرخسي في مبسوطه ولو قال لها: أنت طالق إن شاء فلان وفلان عاتب لا يدري أحي أم ميت أو فلان ميت علم بعد ذلك. لم تطلق عبدا. وقال ابن أبي ليلى: هي طالق لأنه لا يتحقق مشقة فلان بعد موته، ويبقى أصل الإيقاع فيقع الطلاق، ولكننا نقول: التعليق بشرط لا يكون له تحقيقا للمعنى يخرج به كلامه من أن يكون إيقاعا. وهذا لأن التعليق بشرط يخرج كلامه من أن يكون إيقاعا إلى أن يوجد الشرط. وإذا كان مما لا يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون إيقاعا أصلا.

(٢) وفي المبسوط ج ٧ ص ٤٤: وإذا أنكر الزوج الفدف فأمامت المرأة به البينة عليه وحج اللعان بينهما. وعلى قول ابن أبي ليلى يلاع ويحد. أما اللعان فلان الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم. ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد. ولكننا نقول: إنكاره بغير القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه؟ لهذا لا يحد.

(٣) وفي الهداية: «وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى: طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة لأنه يحتمل الرد، لأن رد هذا العقد ومشاركته يسمى طلاقا ومصرفة، وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى، فكان الحمل عليه أولى. وقد في العاية: ألا ترى أنه لو قال في الكاح الفاسد: طلقك كن متاركة؟ وإذا احتمل الأمرين رجحنا جهة المشاركة، لأنه أليق بحال العبد المتمرد، وقوله: أو هو أي الرد أدنى، لأنه دفع والطلاق رفع والدفع أسهل من الرفع «فكان الحمل عليه الأولى». فإن قيل: قوله طلقها حقيقة في إيفاع الطلاق المعروف بخار في المشاركة، والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير إلى المجاز؟ أجيب بأن الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك، وهي الافتيات على رأي المولى «وإن قال: طلقها تطليقة رجعية أو تطليقة مطلقا الرجعة فهذا إجازة، لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتتبع الإجازة. وفي المبسوط: وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال مولاه: طلقها فهذا لا يكون إجازة للكاح عندنا، وعند ابن أبي ليلى هو إجازة، لأنه أمره بإيقاع الطلاق، والطلاق لا يقع إلا بعد صحة الكاح. ولكننا نقول: قوله طلقها بمنزلة قوله: فارقها أو دعها أو تركها أو حل مسيلها، وشيء من هذا لا يكون إجازة للكاح. يوضحه أن الطلاق مشتق من الإطلاق وهو الإرسال، وفي إجازة الكاح إثبات القيد، فالأمر بالإرسال لا يكون إثباتا لفيد منه.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وهو مريض، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: إن ما بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها منه وبه يأخذ^(١)، وكان ابن أبي ليلى يقول: لا

وقال عبيدة السلماني: ما اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت، والمحافظة على الأربع قبل الطهر، وذكر سليمان بن يسار عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم المنع من نكاح أخت المعتلة من طلاق بائن أو ثلاث.

وكان الحسن الصري رحمه الله يقول: إن كانت حاملا ليس له أن يزوج أختها، وإن كانت حائلا فله أن يتزوجها، ثم ذكر حجة الشافعي ثم حجة الإمام وصاحبيه، وبصل وأطال.

(٢) وفي المبسوط ج ٤ ص ١٥٤: وإذا طلق المريض امرأته ثلاثا أو واحدة بائة ثم مات وهي في نكاحه، فلا ميراث لها منه في القياس، وهو أحد أقوال الشافعي رحمه الله تعالى، وفي الاستحسان نزلت منه، وهو قولنا.

وعن الشعبي أن أم البراء بنت عبيدة بن حصين أنقاروي كانت تحت عثمان بن عمار رضي الله عنه فماتت بعد ما حوَّص رجاءت إلى علي رضي الله عنه بعد ما قتل وأخبرته بذلك، فدل، تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقتها وورثها مه. وإن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته فاصصر آخر الشطيقات الثلاث في مرضه فورثها عثمان رضي الله عنه وقال: ما اتهمه ولكي أردت أسسه. وعن عائشة رضي الله عنها

الميراث ما لم تتزوج.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته في صحته ثلاثاً فمحدد ذلك وادعته عليه المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلفه القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ميراث لها، وبه يأخذ^(١)، وكان ابن أبي ليلى يقول: ها الميراث إلا أن تفر بعد موته أنه كان موته أنه كان يطلقها ثلاثاً.

قال: وإذا خلا الرجل بامرأته وهي حائض أو وهي مريضة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ها نصف المهر^(٢) وبه يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها المهر كاملاً.

الله صها أن امرأه الفار تراث ما دامت في العدة.

وعن أبي بن كعب رحمته الله أنها تراث ما لم تتزوج. وقال ابن سيرين: كذبوا يقولون: من هر من كتاب الله تعالى رد إليه، يعني هذا الحكم، والقياس يترك بإجماع الصحابة رحمهم الله إلخ والتفصيل فيه مما شاء زيادة الإطلاع فليرجع إلى المسوط.

(١) وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً في صحته فمحدد ذلك الروح ودعته المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلفه القاضي عني ذلك فلا ميراث لها منه عدنا، لوجود الإقرار منها بارتقاء النكاح في حالة الصحة، ولأنها تعلم أن سب الأثر غير متحقق وهو انتهاء النكاح بالوفاة، وعلى قول ابن أبي ليلى: ها الميراث منه إلا أن يفر بعد موته أنه قد كان يطلقها ثلاثاً، لأن الزوج لما حلف وقضى أمضى بقيام النكاح بينهما كان ذلك تأكيداً منه لها في ذلك لإقرار، والمقر متى صار مكذباً شرعاً في إقراره يظل حكم ذلك الإقرار، ولهذا كان لها الميراث إلا أن يفر بعد موته إقراراً مستفلاً أنه كان يطلقها ثلاثاً، ولكننا نقول: القاضي بعد يمين الزوج لا يقضي بالنكاح ولا يظل الطلاق الواقع ولكن يمنعها من المازعة والخصومة من غير حجة وبقي ما كان عني ما كان فلا ينضم ذلك الحكم تكذيبها في ادعوى، ألا ترى أن البينة بعد اليمين لا تكون مقولة؟ وإذا نقرر هذا المعنى كان الإقرار السابق منها والموجود بعد موت الزوج في الحكم سواء.

(٢) وفي الهداية: وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً يحج فرض أن نفل أو بعمره أو كانت حائضاً فليست الحلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر، لأن هذا الأشياء موانع. أما المرض فالمرء منه ما يسمع الجماع أو يحققه به ضرر. وقيل مرضه لا يعرئ عن تكسر وتور، وهذا التفصيل في مرضها وأما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكمارة. والإحرام لما يلزمه من الدم ومسك السك والقضاء. والحليص مانع طبقاً وشرعاً. قلت: المراد من المانع لشرعي الهى الذي ورد بقول تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحْجُوسِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا الْبَسَاءَ فِي الْمَحْجُوسِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وأما المانع الطبيعي فهو الدم، لأن طبيعة الإنسان نكرهه وتماهه وفيه تلويث بعض الأعضاء بالدم. وأما المرض العارض لأحدهما فمانع حسي.

وإذا قال الرجل لامرأته: إن ضمنت إليك امرأة فأنت طالق واحدة فطلقها فبانت منه وانقضت العدة ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج تلك المرأة التي حلف عليها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يقع عليها الطلاق من قبل أنه لم يصحبها إليها، وبه نأخذ^(١) وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق.

قال: وإذا قال الرجل: إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها على مهر مسمى ودخل بها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: هي طالق واحدة بالثأل وعليها العدة ولها مهر ونصف: نصف من ذلك بالطلاق، ومهر بالدخول. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لها نصف مهر بالطلاق وليس لها بالدخول شيء، ومن حججه في ذلك أن رجلاً آلى من امرأته فقدم بعد أربعة أشهر فدخل بامرأته، ثم آلى^(٣) ابن مسعود رحمته الله فأمره أن يخطبها يخطبها وأصدقها صداقها مستقلاً، ولم يلعن أنه جعل في ذلك الوطاء صداقاً، ومن حجة أبي

(١) وفي المسوط: وإذا قال الزوج لامرأته: إن ضمنت إليك أخرى فأنت طالق واحدة فطلق واحدة وانقضت عدتها ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج امرأته هذه التي حلف عليها، فإنها لا تطلق عدتها. وقال ابن أبي ليلى: تطلق، لأن عدته اليمين انعقد صحيحاً في الملك، والشرط وحده في الملك أيضاً، لأن الشرط ضم امرأة أخرى إليها، وهذا الصم إنما يتحقق إذا اجتمعتا في نكاحه وذلك بعد ما تزوج بها، ولكننا نقول قوله إن ضمنت إليك امرأة أخرى بمسألة إن تزوجت عليك وهذا لأن صم غيرها إليها إنما يتحقق إذا تزوج الأخرى وهي في نكاحه فأما إذا تزوج لأخرى بعد انقضاء عدتها ثم تزوجها فإنما صمها هي إلى الأخرى ألا ترى أن الشرع حرم ضم الأمة إلى الحرة في النكاح ولو تزوج أمة ثم تزوج حرة بقي نكاح الأمة صحيحاً بخلاف ما إذا تزوج حرة ثم تزوج عليها أمة.

(٢) قلت: وقد مر مثل هذه المسألة قبل ذلك في هذا الباب، وليس بينهما فرق إلا أنه ذكرها: هي طالق واحدة بالثأل، ولم يذكر هناك: بالثأل، وزاد هنا احتجاجهما لها. وقد ذكرت شرحاً لمسألة وحلها عن المسوط وفيه كما به فلا يعيده مرة ثانية.

(٣) روى أبو يوسف متوى ابن مسعود في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن أنس آلى من امرأته فغاب ثم قدم بعد خمسة أشهر فوقع عليها خرج إلى أصحابه ورأسه يقطر فقالوا: أصبت من فلانة؟ قال: نعم، قالوا: ألم تكن آليت منها؟ قال: بلى. قالوا: تراها قد باتت ملكاً؟ فأنطلقوا إلى علقمة فلم يجدوا عنده فيها شيئاً، وأنطلق بهم علقمة إلى عبد الله رحمته الله فذكروا له أمره وأمرها فقال: أخبرها أنها قد بانت منك واخطبها، ففعل وأصدقها مئائيل فصة. وأخرج الحسن بن زياد ومحمد بن أنسهما. قال محمد: وبه نأخذ. وروى عليه صنفاً لوقوعه فيها قبل النكاح ثماني. وهو قول أبي حنيفة وإبراهيم المحمي وحماد بن أبي سليمان، وأخرج ابن خسر أيضاً في مسنده من طريق ابن زياد عنه، قلت: ورواه ابن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن علقمة قال: آلى ابن أنس من امرأته فلبثت ستة أشهر فيسما هو جالس في المجلس إذ ذكر فأتى ابن مسعود فقال: أعلمها أنها قد ملكت أمرها إلى آخره، ذكره في الجواهر النقي.

حنيفة عليه السلام أنه قال: وقد وقع الطلاق قبل الجماع فوجب لها نصف المهر، وجامعها بشبهة فعليه المهر^(١)، ولو لم أجعل عليه المهر جعلت عليه الحد. وقال أبو حنيفة: كل جامع يدرأ به الحد فعليه صداق^(٢) لا بد من الصداق، إذا درأت الحد وجب الصداق وإذا لم أجعل الصداق، فلا بد من الحد. قال أبو يوسف: حدثني محمد بن حماد عن إبراهيم أنه قال: فنه: لها مهر ونصف مهر، مثل قول أبي حنيفة. وإذا قال الرجل لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت الدار، فإن أبا حنيفة وابن أبي ليلى رضي الله عنهما قالا لا يقع الطلاق^(٣). ولو قال: أنت طالق إن شاء الله ولم يقل: إن دخلت الدار، فإن أبا حنيفة عليه السلام قال: لا يقع الطلاق. وقال: هذا والأول سواء. وبه نأخذ.

حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال في ذلك: لا يقع الطلاق ولا العناق^(٤) وأخرجنا عبد الملك بن أبي سليمان^(٥) عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: لا

(١) أخرج الطحاوي بسند صحيح عن ابن المسيب أن رجلاً تزوج امرأة في عتدها فرفع إلى عمر عليه السلام فضرهما دون الحد وجعل لها الصداق. وقال البيهقي: قال مسروق: رجع عمر بن الخطاب عليه السلام عن قوله في الصداق وجعله لها بما استحل من فرجها. وفي البحر الرائق ج ٢ ص ١٦٩: وإنما وجب المهر في الفاسد بالوطء عملاً بحديث النضر: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» ثلاث مرات. فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فصار أصلاً للمهر في كل نكاح فاسد بعد ذلك له على الصغيرة والأمة كما قدمناه.

(٢) روى أبو يوسف في آثاره [ص ١٣٨] عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال: كل جامع يدرأ به الحد فعليه الصداق. وروى محمد عنه في الآثار عن حماد عن إبراهيم قال: إذا دخلت المرأة كل واحدة على أخي زوجها عوطت كل واحدة منها، فإنه ترد كل واحدة منهما إلى زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها ولا يفرجها زوجها حتى تنقضي عتدها. وروى البيهقي نحوه عن عبي عليه السلام.

(٣) قال السرخسي في المسروط محتجاً بما: لقوله عليه الصلاة والسلام: «من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حث عليه» ولأن الاستثناء الموصول يخرج الكلام من أن يكون عريضة. قال الله تعالى: «سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا» [الكهف: ٦٩]. ولم يصير ولم يعتب على ذلك، والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم، وقد قرنا هذا في الإيمان.

(٤) ورواه في كتاب الآثار أيضاً [ص ١٣٨] عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال: إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله، فليس بشيء ولا يقع الطلاق. وأخرجه محمد أيضاً في آثاره [ص ١٣٧]، ولمنعه: أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله. قال محمد: وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة.

(٥) هو عبد الملك بن ميسرة أبي سليمان العرزمي القزازي أبو محمد النكوفي أحد الأئمة. روى عن أسد وسعيد بن جبيرة وعنه شعبة والسفيان وحلق. وثقه ابن معين والسنائي، قال نعيم بن وهب وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً نكح فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث. ~

يقع الطلاق^(١) [وقال ابن أبي ليلى: يقع الطلاق هنا، وكذلك العتاق]^(٢).

قال : وإذا طلق الرجل امرأته واحدة فانقصت عدتها فتزوجت زوجها ودخل بها ثم طلقها ثم تزوجها الأول، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: هي على الطلاق كله. وبه نأخذ^(٣).

روى له الخمسة والخمسة تعليقات مائة سنة ١٤٥هـ.

(١) وأخرج في آثاره أيضاً بهذا السند [ص ١٣٦]. وروى عن غالب بن عبد الله عن عطاء أنه قال: إذا قال أنت طالق إن شاء الله، فلا يقع الطلاق وليس بشيء وأخرج المعاصي أبو بكر محمد بن عبد السافي عن محمد عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادة الله المشيئة خاصة لله تعالى لا يقع به الطلاق، والإرادة يقع به الطلاق. وروى السهقي [٣٦٠/٧، ٤٦/١٠] عن ابن عمر مرفوعاً: «إذا حلف الرجل فقال إن شاء الله فقد استثنى». وأخرج أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حث عليه» قال الترمذي: حديث حسن. وقد روي موقوفاً. وروى الأربعة إلا أبا داود عن أبي هريرة مثله. ورجاله ثقات.

(٢) قلت: سقط هذا اللفظ من الأصل وردته من مسووط السرخسي. قال السرخسي: وهذا لأن الاستثناء إنما يعمل عليه في اليمين بالطلاق وبالعتاق.

وقوله: أنت طالق أو أنت حرة، ليس بيمين ثم قوله: إن شاء الله في مثل هذا إنما يراد به التحقيق ولا يراد التعقيب لا من قوله. أنت طالق أو أنت حرة وصف قبليق به معنى التحقيق ولا يبيق به معنى التعليق، ولكنا نقول: قوله إن شاء الله تأثيره في إخراج الكلام من أن يكون عزيمة، والابتناع في هذا والتعليق سواء. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لَشَأْنِي إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ﴾
عند رحمه الله.

(٣) وفي المسووط ج ٦ ص ٩٥ : وإن طلق امرأته واحدة أو اثنين ثم تزوجها بعد روح قد دخل بها فهي عنه على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وهو قول ابن عباس وابن عمر وأصحاب عبد الله بن مسعود رحمهم الله، وعبد محمد وزهر والشافعي رحمهم الله تعالى هي عنه بما بقي من طلاقها، وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن الحصين وأبي هريرة رضي الله عنهم، فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة رضوان الله عليهم، والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم. ووجه محمد في ذلك أن الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث، قال الله تعالى: ﴿لَمْ حَتَّى تَكُنْ رَوْحاً غَيْرَهُ﴾ وكلمة حتى للعناية حقيفة، وبالتطليقة والتطليقتين لم يثبت شيء من نكث للحرمة، لأنها متعلقة بوقوع الثلاث، وبعض أركان العلة لا يثبت شيء من الحكم فلا يكون الزوج الثاني غدية، لأن غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق، كما لو قال :
إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلاناً حتى أئششر فلان ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا، لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين، وإذا لم تعتبر كان =

* ورواه الترمذي (١٠٨/٤)، والدارمي (٢٤٢/٢)، وأبو داود (٢٢٥/٣)، والسنائي (٢٥/٧).

وقال ابن أبي ليلى : هي على ما بقي.

باب الحدود

قال أبو يوسف رحمته : وإذا أقيم الحد على البكر وحده مائة جلدة، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول : لا أفيقه من قبل أنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رحمته أنه سمى عن ذلك وقال : كفى بالمعنى نعمة ^(١).

وجودها كعدمها. ولو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابتها الزوج الثاني كانت عده بما بقي من التطليقات، فكذلك هنا، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالوا : إصابتها الزوج الثاني بكاح صحيح يلحق المطلقة بالأجنبية في الحكم المحتص بالطلاق، كما بعد التطليقات الثلاث ويان هذا أن بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم بإصابتها الزوج الثاني يرتفع الوعدان جميعاً وتلتحق بالأجنبية التي لم يتزوجها قط فالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بأنها مطلقة فترتفع ذلك بإصابتها الزوج الثاني.

ثم الدليل على أن الزوج الثاني رافع للحرمة لا أنه المنهي يكون متقررًا في نفسه ولا حرمة بعد إصابتها الزوج الثاني، فدل أنه رافع للحرمة ولأن موجب للحل فإنه صاحب الشرع ساء محلاً فقال ﷺ «لمن الله الحمل والحمل له» وإنما كان محلاً لكونه موجباً للحل ومن ضرورة أنه يكون رافعاً للحرمة وهذا نبيز أن جعله غاية مجاز، وهو نظير قوله تعالى : «يَأْتِ الْدِّينَ دَأْمُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا حَسًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا» [النساء: ٤٣] والاعتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا أن يكون غاية للجناية . والدليل عليه أن أحكام الطلاق تثبت متأبدة لا إلى غاية ولكن ترتفع بوجود ما يرفعها، كحكم روال الملك لا يثبت مؤقتاً، وكما يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح.

وإذا ثبت أن الزوج الثاني موجب للحل فإنه لا يرتفع إلا بثلاث تطليقات، وذلك غير موجود بعد التطليقة والتطليقتين يثبت به. ولما كان رافعاً للحرمة إذا اعترض بعد ثبوت الحرمة قل أن يرفعها وهو بعرض الثبوت أولى، ولأن يرفع شوقاً إذا افترق بآركانها أولى إلخ. قلت وحديث ابن عباس وابن عمر رواه محمد عن الإمام عن حماد عن سعيد بن جبير عن عبد الله بن عتبة عنهما في كتاب الآثار. ثم قال : وهذا كله كان يأخذ أبو حنيفة. وأما فوسا : فهي على ما بقي من طلائها، إذا بقي منه شيء، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ومعدس بن جبل وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة رضي وأخرجه ابن خضرو من طريق من رواه عنه.

(١) رواه محمد في الآثار وعبد الرزاق في مصنفه [٣١٤/٧، ٢٣٠/٩] عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن علي رحمته، وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال. عذب عمر ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب إلى عبيد ملحق بهرقل فتصر، فقال عمر : لا أعرب بعده مسلماً، ذكره الفاري في شرح مختصر الرقاية.

(١) وفي المسوط ج ٩ ص ٤٣ ولا يجمع بين الجلد والرحم ولا بين الجلد والسعي أما في حق ذلك فلا يجمع بين الجلد والسعي عندنا إلى أن قال وحنس فيه قوله تعالى ﴿ فَخَلَدُوا كُلُّ وَاحِدٌ مِّنْهُمْ مَّائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ فقد جعل الجلد جميع حد الرضا، ولو أوجسنا معه السعي كان الجلد بعض الحد فيكون زيادة على النص، وذلك بعدل النسخ. ورررر أن محمدا سقيما وحده على بعض أمة من إماء النبي يمجز بها، فأتى به رسول الله ﷺ فقال: «اصبروه مائة» فقالوا: إن بدنه لا يحمل الصرب فقال ﷺ: «خذوا عنكالا عليه مائة شراخ فاصبروه بها» ولم يأمر بالتعريب ولو كان ذلك حدا لتكلف له كما تكلف للحد، لأن عمر ﷺ جلد أبا بكر ﷺ في داره على الرضا وأمر امرأته أن تكتم، ولو كان التعريب متصفا للحد لما أمرها بالكتمان، لأن ذلك لا يتصور. وإنما سعى شارب الخمر ارتد ولحق يدرؤم فقال: والله لا أسعى أحدا بعد هذا أبدا. ولو كان مشروعا حدا كما حلف أن لا يقيمه. قال علي ﷺ: «كفى بالسعي فتنة» والحد مشروع لتسكين الفتن فما يكون فتنة لا يكون حدا. وعن إبراهيم أن عليا وابن مسعود رضي الله عنهما اختلفا في أم ولد ربت بعد موت مولاهما، قال علي ﷺ تجلد ولا تغني وقال ابن مسعود ﷺ تغني وأخذنا بقول علي ﷺ لأنه أقرب إلى دفع الفتنة والفساد.

ومعنى هذا ما ذكره في الكتاب قال: أرايت شابة زنت أكت أنفها؟ أي في نفسها تعريض لها لمثل ما ابتليت به، فإنها عند أبويها تكون محمودة، ففي دار العربية تكون خطيئة العذار، والنساء لحم على وشم إلا ما دب عنهن. وإنما تبقى المرأة محمودة بالحفظ والاستحياء، ودنت بعدم التعريب فيكون تعريضا لها للإقدام على هذه العارضة برفع المانع.

وهذا أولى مما قاله الخصم، لأن ما يشأ عن الصحة والمواصلة يكون مكتوما، وما يشأ عن المواقعة يكون طاهرا، وإن في هذا قطعا لسب ما يشأ عن المحادثة وهو مكتوم، فعنه تعريض لثرتنا بطريق الوقاحة وهو أفحش.

ثم قال: أرايت أمة زنت أكت أنفها فأحول بينها وبين مولاهما وبين خدمتها، وحق الولي في الخدمة مرعي وهو مقدم على الشرع؟ وإذا ثبت أن الأمة لا تغني، فكذلك الحرة، لأن الله قال: ﴿ فَعَلَيْنَ نَصْفَ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾ وإذا ثبت أن نصف الحد حسون جلدة ثبت أن الكمال له مائة جلدة ثم لا يجوز أن تغني الحرة مع المحرم، لأن المحرم لم يرب فكيف يقام عليه الحد؟ وبدون المحرم هي ممنوعة عن المسافرة شرعا، فلا يجوز إقامة الحد بطريق فيه إبطال ما هو مستحق شرعا.

وأما المباشرة لا تقصد السر بعير محرم وإنما تقصد التخلص من الشركين، حتى لو وصلت إلى جيش لهم معة في دار الإسلام وأمس لم يكن لها أن تسامر بعير محرم بعد ذلك.

فأما الحديث فقد بينا أن الجمع بين الجلد والتعريب كان في الابتداء ثم انتسخ برؤي سورة النور. والمراد بالتعريب اخيس على سبيل التعزير. إلى أن قال: وإن ثبت السعي على أحد مدلك بطريق المصلحة لا بطريق الحد، كما نفي رسول الله ﷺ هبت المحدث من المدينة. ونفي عمر ﷺ نصر بن حجاج من المدينة حين سمع فائلة تقول:

هل من سبيل إلى حرم فأشرها أو هل سبيل إلى نصر بن حجاج

وكان ابن أبي ليلى يقول: ينمى سة إلى بلد غير بلد الذي فجر به . وروى ذلك عن رسول الله ﷺ وعن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما^(١).

قال: وإذا زنى المشركان وهما ثيان ، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: ليس على واحد منهما الرجم . وكان ابن أبي ليلى يقول: عليهما الرجم. ويروى ذلك عن نافع عن ابن عمر رحمه الله عن رسول الله ﷺ «أنه رجم يهوديا ويهودية»^(٢).

فنهاه ، والجمال لا يوجب النفي ، ولكن فعل ذلك للمصحة ، فإنه قال: وما ذسي يا أمير المؤمنين ؟ قال: لا ذنب لك وإنما الذنب لي حيث لا أظهر دار الهجرة منك. وقول ابن أبي ليلى في النفي كقول الشافعي إلا أنه يقول: ينمى إلى بلد غير البلد الذي فجر فيه، ولكن دون مسرة سفر، وعند الشافعي لا يكون النفي دون مسيرة سفر. وقال الحافظ علاء الدين التركماني:

قلت: ما ورد في هذا الباب من النفي محمول على أنه كان تأديباً لرفع الفساد لا حداً ، كما يفي الإمام أهل الدعارة وكفيه عليه السلام.

وقد ذكر السهقي في باب من قتل عبده أنه عليه السلام نفى الذي قتل عبده سة. وروى عبد الرزاق [٣١٢/٧] عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن عمر عرب ربيعة بن أمية في الحضر إلى غير ملحق بهرقل. فلما بلغ ذلك عمر قال: والله لا أعرب بعدها أبداً .

وروى أيضاً عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: قال عبد الله في البكر يزني بالبكر: يجلدان مائة ويغيان سنة. قال: وقال علي: حسسهما من الفتنة أن يعيا. ولما لم يكن في حد القذف والحضر تغريب دل على أنه تأديب له لدعارته.

(١) روى الترمذي [٤٤/٤] عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ ضرب وغرب، وأن أبا بكر ضرب وغرب، وأن عمر ضرب وغرب، وحديث السمي رواه أبو هريرة وعبادة بن الصامت رواه البخاري وغيره من أصحاب الصحاح والسنن. وأخرج السهقي من طريق هشيم عن الشيباني عن الشعبي أن علياً عليه السلام جلد ونهى من الصرة إلى الكوفة ، أو قال من الكوفة إلى البصرة . وروى السهقي عن أبي بكر وعمر أيضاً، وروى البخاري أن عمر كان ينفي من المدينة إلى البصرة أو إلى خيبر.

(٢) رواه البخاري أيضاً من طريق مالك عن نافع، ومن طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر. وأخرجه مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه كلهم عن مالك عن نافع عن ابن عمر، ومسلم أيضاً من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر.

* انظر تلخيص الخبير (٦١/٤)، والدرية (١٠٠/٢)، ونصب الراية (٣٣١/٣).

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ٣٩: فأما الإسلام شرط في قول علمائنا ، وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط ، وهو قول الشافعي ، حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ رجم يهوديين ربا ، وراد في بعض الروايات. وقد أحصاه والمعنى فيه أن هذه عمرة يعتد الكافر حرمة سبها فقاء عليه ، كما يقدم على المسلم كالجلد والقطع والفصل في انقصاص ، بخلاف حد الشرب فإنه لا يعتد حرمة سبه. إلى أن قال: ورحمنا قوله عليه الصلاة والسلام. «من أشرك بالله فليس بمحصن» قلت : أخرجه إسحاق بن راهويه والدارقطني والبيهقي من طريق نافع عن ابن عمر معناه ليس بكامل الحال فإن المحصن من هو كامل الحال ، والرحم لا يقام إلا على من هو كامل الحال. والاعتماد في المسألة على الاستدلال بالثبوت ، فإن الثبوت بالنكاح الصحيح شرط لايجاب الرجم ، ومعلوم أن المقصود انكسار شهوته بإصاية لخال وهذا المقصود يتم بالإصابة بملك اليمين كما يتم بالنكاح ، ثم شرط أن يكون بالنكاح فما كان ذلك إلا لاعتبار معنى النعمة. وتبين بهذا أن ما يشترط لاقامة الرجم يشترط بطريق هو نعمة ، وكذلك اعتقاد الحرمة يشترط بطريق هو نعمة ، وذلك بالإسلام بل أولى ، لأن أصل النعمة في الوطء بملك اليمين موجود إنما انعدم هاتين ، وأصل النعمة معدوم هما فيما يعتقده الكافر ، وتأثيره أن الجريمة كما تعطل باجتماع الموانع تمنع باجتماع النعم ، وهذا هدد الله تعالى نساء رسول الله ﷺ بصعب ما هدد به غيره من بقوله تعالى: ﴿يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحراب: ٣٠] لزيادة النعمة عليهن. وعوتب الأسياء على الرلات بما لم يؤاخذ به غيرهم لزيادة النعمة عليهم. والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على الحد لزيادة نعمة الحرية في حق الحر ، فدون الحد أكثر احتمالا للحد من بدن الحر ، معرضا أن بزيادة النعمة يرداد تعليل الجريمة لما في ارتكاب الماحضة من كفران النعمة. إلى أن قال: فأما الحديث فإنما رجمها رسول الله ﷺ بحكم التوراة ، ألا ترى أنه دعا بالتوراة وابن صوريا الأعور وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الرنا في كتابهم الرجم مرجحها ، وقال : «أنا أحق من أحيا سنة أماتوها» وإحياء سنة أميت إنما يكون بالعمل بها. فدل أنه إنما رجمها بحكم التوراة ، ولم يكن سنة أميت إنما يكون بالعمل بها. فدل أنه إنما رجمها بحكم التوراة ، ولم يكن سنة لإحصان شرطاً في الرجم بحكم التوراة. وقوله: وقد أحصنا شاد ، ولو شئت مراده الإحصان من حيث الحرية ، كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهَتِهِمْ تِلْكَ الْأُمُوتُ وَالنَّحْصُوتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] قلت: وروى البيهقي من طريق سعيد بن منصور عن عيسى بن يوسف عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم العسائي عن علي بن أبي صخرة عن كعب بن مالك أنه أراد أن يروج يهودية أو نصرانية فسأل رسول الله ﷺ وسلم منها عنها وقال: إنها لا تحصنك. وروى أبو يوسف في الخراج عن عبد الله بن نافع عن ابن عمر أنه كان لا يرى مشركة محصنة. وروى عن معيرة عن إبراهيم والشعبي في الحر يتروح اليهودية والنصرانية

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة لا تقام الحدود في المساجد^(١).
وروي ذلك عن رسول الله ﷺ^(٢).
وبه تأخذ^(٣). كان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: نقيم الحدود في المساجد، وقد فعل ذلك.

ثم يعجز قالاً: يجلد ولا يرحم . وروي عن أبي حنيفة الإمام عن حماد عن إبراهيم قال: لا يحسن لرجل يهودية ولا نصرانية ولا بأمته.

(١) قلت: وكرر هذه المسألة ، وقد ذكرها قبل ذلك ومر شرحها وفرغنا من تحققها إلا أن السرحسي ذكرها في ص ٨٣ ح ٩ في ضمن المسألة ولا يحلو ذكرها عن زيادة فائدة . قال: وهو أي القاضي ممنوع من إقامة الحد فيها «أي في المساجد» لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد» ولحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه في حديث فيه طعن فلا يقام فيها حد، ولأن تلويث المسجد حرام، وإليه أشار ﷺ في قوله: «حبوا مساجدكم صيانتكم وبهايتكم» وإقامة الحد في المسجد ربما يؤدي إلى التلويث.

(٢) قلت: لم أجد من أخرج هذا الحديث من أصحاب مسانيد الإمام وأخرج ابن ماجه من طريق عمر بن دينار عن طاوس عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد» وروي من طريق ابن طه عن محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ سبى عن جند الحد في المساجد». وروي أبو يوسف في كتاب الخراج عن أشعث عن فضيل بن عمرو العقيمي عن معقل قال: جاء رجل إلى علي رضي الله عنه فساره فقال: يا قهر أخرجه من المسجد ، وأقم عليه الحد قال: وحدثنا بيث عن مجاهد قال: كنوا يكرهون أن يقيموا الحدود في المساجد. وروي السهقي من طريق محمد بن عبد الله بن المهاجر عن رثر بن وئمة عن حكيم بن حزام قال: سبى رسول الله ﷺ أن يستفاد في المساجد وأن يشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود (وذكرناه قبل ذلك).

(٣) قلت : وهو قول الإمام محمد أيضا ليس بين أصحابنا في هذا اختلاف قال الإمام أبو يوسف في الخراج : ولا ينبغي أن تقام الحدود في المساجد ولا في أرض العنوة إلخ.

* رواه الرمذي (١٩/٤). والدارمي (٢٥٠/٢)، والبيهقي (٣٩/٨)، والدارقطني (٨٦/٣)، وابن ماجه (٨٦٧/٢)، وانظر: الدراية (٢٦٥/٢)، ونصب الراية (٣٤٠/٤)، وخلاصة الدر المصير (٣٢٢/٢).

قال أبو يوسف رحمه الله : وإذا وطئ الرجل جارية أمه فقال: طمست أنها تحل لي، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يدرأ عنه الحد^(١) فإذا أقر بذلك في مقام واحد أربع مرات لم يحد وعليه المهر^(٢). وبه يأخذ^(٣) وقال ابن أبي ليلى وأنا اسمع: أقر عدي رجل أنه وطئ

(١) وفي كتاب الخراج ص ٢١١ طبع السلفية. قال أبو يوسف: ومن رفع إليك ولد تزوج به في عتقها فلا حد عليه لما جاء في ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما، فإنهما لم يريا في ذلك حد ولكنهما يفرق بينه وبينها، وكذلك من رفع إليك وقد مكر بأمة له فيها شقص فلا حد عليه، وكذلك الذي يطأ مكانته، وكذلك الذي يطأ جارية امرأته أو جارية أبيه أو جارية أمه إذا قال: لم أعلم أنه يحرّم عني، فإن قال: قد علمت أن ذلك حرام علي، أقيم عليه الحد. ولا حد عسى من وطئ جارية ابنه أو ابن أخته وإن قال: قد علمت أنها حرام علي، لما جاء في ذلك عن رسول الله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» فأما من وطئ جارية أخيه أو أخته أو جارية دتي رحمه محرم منه سوى ما سميت فعليه الحد. قال: حدثنا إسماعيل بن أبي خالد عن عمير بن شعير قال: سئل ابن عمر رضي الله عنهما عن جارية كانت بين رجلين موقع عنهما أحدهما قال: ليس عليه حد. قال: وحدثنا المعبر عن أبيه بن بلر عن حرقوص عن علي رضي الله عنه أن رجلا وقع على جارية امرأته مرة مع الحد. قال: وحدثنا إسماعيل عن الشعبي قال: جاء رجل إلى عبد الله فقال: إني وقعت على جارية امرأتي، فقال: اتق الله ولا تعد. قال: وحدثنا أشعث عن الحسن في الرجل يقع على جارية أمه قال: ليس عليه حد وجارية الحد والجلدة مثل جارية الأم والأب.

(٢) والمهراد من المهر العقر، لأن الحد إذا ثبت دفع عنه المهر، وإذا درى الحد عنه وجب عليه العقر قال في ص ٩٧ ج ٩ من المبسوط في ضمن مسألة وطئ جارية ابن الابن: ولا شيء على الحد من قيمة الأمة، لأنه لم يملكها، وعليه العقر لأن الوطء قد ثبت بإقراره ومقط الحد للشبهة الحكمية إلخ

(٣) وبه قال الإمام محمد أيضاً - أئاده السرخسي بقوله: عند.

والذي روي أنها قالت: «أتريد أن ترددني كما رددت ماعرا؟» لا يكاد يصح، لأن ترديده ماعر كان حكما شرعيا فلا يطل بها أنها جاءت لطلب التطهير ثم تعترض فيها هو حكم شرعي، واعتبار هذا الحق بسائر الحقوق باطل، فقد ظهر فيها من التعليق ما لم يظهر في سائر الأشياء. إلخ والتفصيل فيه. وفي كتاب الخراج ص ١٩٤ قال: ومن أتى الإمام فأقر عده بالزنا فلا يحد له أن يقبل منه قوله حتى يردده، فإذا أنهاه فأقر عده أربع مرات كل مرة يردده فيها ولا يقبل منه.

• رواه ابن ماجه (٧٦٩/٢)، وابن حبان (١٤٢/٢)، وانظر: الدرية (١٠٢/٢)، وتخريجها له مطولا في «بر الوالدين» للطرطوشي - بتحقيقنا - ط - العلمية بيروت.

وأمرت الجواز^(١) فأخذه بيده فأخرجه من باب الحسر نفيًا. فقال أبو حنيفة: ليس يسعى لحاكم أن يقول له: أفعلت؟ ولا نوجب عليه الحد بإقرار أربع مرات في مقام واحد. ولو قال: وطئت حارية أمي في أربعة مواضع لم يكن عليه حد، لأن الوطء قد يكون حلالًا وحرامًا فلم يقر هذا بالزنا^(٢)، والله أعلم.

الرواية على نقل الآثار الأربعة في حديثها.

(١) في المغرب: الجواز عند الفقهاء: أمين القاضي، أو الذي يسمى صاحب المجلس. وفي اللغة: لشرطي، والجمع جلاوز وجلاورة.

(٢) وفي المسوط ج ٩ ص ٩٦: وحكي عن ابن أبي ليلى أنه أقر عبده رجل أنه وطئ حارية أمه فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم حتى قال أربع مرات فأمر بصره الحد. وخطأه أبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا القضاء من أوجه: أحدها أن بإقراره بلفظ الوطء لا يلزمه الحد ما لم يقر بصريح الرء، والثاني وهو أن انقاضي ليس له أن يطلب الإقرار في هذا الباب بقوله. أفعلت؟ بل هو مندوب إلى تلقين الرجوع، والثالث أنه لم يسأله عن علمه بحرمتها ويبغي له أن يسأله عن ذلك وليس له أن يقيم الحد ما لم يعلم علمه بحرمة ذلك الفعل.

وقع الفراغ بحمد الله عز وجل من التعليق بحوله وقوته، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وكان ذلك وقت العصر يوم الاثنين السابع عشر من ذي القعدة الحرام من شهر سنة ١٣٥٧. رضى الله على خير خلقه سيدنا ومولانا محمد النبي الكريم، وعلى أنه وصحبه أجمعين، وسلم تسليمًا كثيرًا والحمد لله رب العالمين.

فهرس المحتويات

٣	المقدمة
٤	ترجمة المصنف
١١	من أخلافه وورعه
١٢	شيوخ أبي حنيفة وأصحابه
١٣	عادة أبي حنيفة
١٧	ذكر من وصفه بالفقہ
١٩	ومن قوله في الرأي
١٩	نصل
٢٢	نصل في ورعه سوى ما تقدم
٢٣	نصل في الاحتجاج بحديثه
٢٤	نصل في مثور أحبارہ
٢٥	نصل في وفاة أبي حنيفة
٢٥	ومن حديثه
٢٦	ومن المسمات المبشرة لأبي حنيفة
	ترجمة الإمام أبي يوسف
	للإمام الحافظ
	أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي
٣١	ثناء الأئمة على أبي يوسف
٣٣	ومن شائله
	ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني
	للإمام الحافظ
	أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي
٤٤	ذكر تربيته قضاء الرقة
	الفروق في المروع
٥٢	كتاب الطهارة والصلاة
٧١	كتاب الزكاة
٧٩	كتاب الصوم
٨٣	كتاب المناسك

فهرس المحتويات

٥٤١

٩٣	كتاب النكاح
١١٧	كتاب الطلاق
١٥٥	كتاب العتاق
١٦٥	كتاب المكاتب والولاء
١٧٤	كتاب الأيمان والنذور والكفارات
١٨٥	كتاب الحدود
١٩٥	كتاب السرقة
٢٠٠	كتاب السير
٢١١	فصل
٢١٣	فصل
٢١٥	كتاب الاستحسان والتحري والإباق
٢٢٣	كتاب الغصب
٢٢٨	كتاب الصيد والذبايح
٢٣٢	كتاب العارية والوديعة
٢٣٥	كتاب الشراكة
٢٤١	كتاب الهبة
٢٤٤	كتاب البيوع
٢٥٠	فصل
٢٦٨	كتاب الصرف
٢٧٦	كتاب الشفعة
٢٨٥	كتاب القسمة
٢٨٧	كتاب الإجازات
٢٩٣	كتاب الشهادات
٣٠١	كتاب الدعوى
٣١١	كتاب الإقرار
٣٢٥	كتاب الوكالة
٣٣٧	كتاب الكفالة والحوالة
٣٤٢	كتاب الصلح

٣٤٧	-----	كتاب الإكراه
٣٥٢	-----	كتاب الحجر
٣٥٣	-----	كتاب المضاربة
٣٥٦	-----	كتاب الشرب
٣٥٨	-----	كتاب الأشربة
٣٥٩	-----	كتاب الرهن
٣٦٣	-----	كتاب الوصايا
٣٧٤	-----	كتاب المأذون
٣٧٩	-----	فصل
٣٨٠	-----	كتاب الديات والجنايات

اختلاف أبي حنيفة

وابن أبي ليلى

للإمام أبي يوسف يعقوب الأنصاري

٣٩١	-----	باب الغصب
٣٩٤	-----	باب الاختلاف في العيب
٣٩٧	-----	باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها
٤٠٣	-----	باب المضاربة
٤٠٦	-----	باب السلم
٤٠٧	-----	باب الشفعة
٤١٢	-----	باب المزارعة
٤١٤	-----	باب الدعوى والصلح
٤١٦	-----	باب الصدقة والهبة
٤٢٠	-----	باب في الوديعة
٤٢٢	-----	باب في الرهن
٤٢٣	-----	باب الحوالة والكفالة في الدين
٤٢٨	-----	باب في الدين
٤٤٠	-----	باب في الأيمان
٤٤٢	-----	باب الوصايا

٤٤٣	باب الموارث
٤٤٨	باب في الأوصياء
٤٥٠	باب في الشركة والعنق وغيره
٤٥٣	باب في المكاتب
٤٥٤	باب في العتق
٤٥٧	باب في العارية وأكل الغلة
٤٥٨	باب في الأجير والإجارة
٤٦٠	باب القسمة
٤٦٠	باب الصلاة
٤٦٤	باب صلاة الخوف
٤٦٩	باب الزكاة
٤٧٦	باب الصيام
٤٧٩	باب في الحج
٤٨٣	باب الديات
٤٨٩	باب السرقة
٤٩٣	باب القضاء
٤٩٦	باب القرية
٥٠٠	باب النكاح
٥١١	باب الطلاق
٥٣٢	باب الحدود
٥٤٠	فهرس المحتويات

AL-FURŪQ FĪ AL-FURŪQ

(A Book in Hanafi Jurisprudence)

By

As'ad Ben Muḥammad Al-Karābisi

Followed By

IḤTILĀF ABI ḤANĪFAH WA IBN ABI LAYLA

By

Abū Yūsuf Al-Anṣārī

Edited By

Aḥmad Farīd Al-Miziyadi

DAR AL-KOTOB AL-ILMIYAH
Beirut-Lebanon